Das Recht des Kellners

Abhandlung

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität

zu **Bonn**

von

Rudolf Bahn

Referendar in Berlin.

Buch- und Steindruckerei Richter & Munkelt, Lübben (Spreewald)

1930

Angenommen auf Bericht der Professoren:
Dr. Fritz Schulz
und des
Wirklichen Geheimen Rats Dr. Göppert.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548917_0138

Inhalt:

Seite:

§ 1 Einleitung.

1. Bedeutung des Kellnerberufes 1
2. Geschichtlicher Ueberblick über seine Entwicklung . . . 1

§ 2 Die Stellung des Kellners im Verkehr zwischen Gast und Wirt. 4

1. Der Kellner als auftragloser Geschäftsführer des Gastes 4
2. Der Kellner als indirekter Stellvertreter des Wirts 6
3. Der Kellner als Bote oder als direkter Stellvertreter des Wirts 8
4. Der Kellner als Handlungsbevollmächtigter und als Gewerbegehilfe 11
5. Der Kellner als Inhaber abgeleiteten Rechts . . . 12
   a) Die Zession im allgemeinen 13
   b) Die Inkassozession 13
   c) Die Einziehungsermächtigung 14

§ 3 Die „Ermächtigung" im allgemeinen. 16

1. Nachweis, wie sich die Ermächtigung systematisch in die Rechtsordnung einfügt 16
2. Standpunkt des Reichsgerichts über die Zulässigkeit der Ermächtigung zur Prozeßführung 18
3. Kritik der Ansicht des Reichsgerichts 19
4. Die Ueberlassung „der Rechtsausübung" als Grundlage der Ermächtigung 20
5. Die Rechtskraft des Urteils gegen den Ermächtigten bezieht sich auch auf den Ermächtigenden 21
6. Ablehnung eines entgegenstehenden Standpunktes . . 22
7. Die Einziehungsermächtigung unterliegt gewissen Einschränkungen 23

§ 4 Das Rechtsschutzinteresse des Kellners an der Einziehungsermächtigung 25

§ 5 Folgerungen aus der Einziehungsermächtigung.
1. Der Kellner wird Eigentümer des vom Gast Geleisteten 27
2. Stellung des Wirts 28
3. Einwendungen des Schuldners 28
4. Sonstige Folgerungen 29

§ 6 Der Kellner und seine Entlohnung. 31
1. Das Wesen des Trinkgeldes im allgemeinen . . . 32
2. Juristische Natur des Trinkgeldes 32
3. Das Trinkgeld als Bezeichnung für Lohn 33
4. Der Anspruch des Kellners auf das Bedienungsgeld 35
5. Die gesetzlichen Abzüge vom Lohn 38

§ 7 Der Kellner und die Unfallversicherung. 39

§ 8 Möglichkeit einer Lohnpfändung gegen Kellner, die auf Bedienungsgeld angestellt sind. 42

§ 9 Der Kellner als Dienstpflichtiger des Wirts. 44
1. Beanspruchung des Kellners zur Entrichtung von Sonderabgaben 44
2. Einwirkung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen auf den Dienstvertrag des Kellners 45
a) Kündigung nach § 620 BGB. und nach dem Betriebsrätegesetz 46
b) Die Bedeutung des Tarifvertrags für den Kellner 46
α) Der einfache Tarifvertrag 47
β) Der allgemeinverbindliche Tarifvertrag . . . 50
3. Der Volontär- und der Zahlkellner 50

§ 10 Schadenersatzpflicht des Kellners. 52

Schrifttum.

Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 15, 32, 96.
Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 96.
Cosack-Mitteis, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1927.
Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I, II. 1902.
Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand. 1905, 1908, 1912, 1913, 1915.
Ehrenberg, Handbuch 1917.
Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1, Bd. II, 2. 1924.
Ernst, Das Interesse und der Wille des Geschäftsherrn in § 683 BGB. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 96.
Flatow, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und Landesarbeitsgerichtes, 1928.
Gaupp—Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung 13. Aufl.
Glücksmann, Das Gaststättenwesen, 1927.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 55, 61.
Grünhut, Zeitschrift für das private und öffentliche Recht. Bd. 14, 41, 52.
Hellwig, H., Ermächtigung zur Prozeßführung in Gruchot Beitr. Bd. 55.
Hellwig, K., System des Deutschen Zivilprozeßrechts. 1912.
Hengstberger, Stellvertretung im Bürgerlichen Recht. Diss. 1912. Erlangen.
Hirsch, Die Uebertragung der Rechtsausübung. 1910.
Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2. Bd., 1. Lieferung 1929.
Jakobi, Beschränkte Uebertragung der technischen Orderpapiere; in Ehrenbergs Handbuch 1917 Bd. IV.
Jakoby, E., Gewerbe- und Arbeitsrecht 1926.
Jander, Die Legitimationsübertragung. JW. 1913.
Ihering, Das Trinkgeld. 4. Aufl.
Iherings Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 2, 24, 43.
Jung H., Das vertragsmäßig abgezweigte selbständige Einziehungsrecht an Forderungen. Diss. 1922. Frankfurt.
Josef, Haftung des Gastwirts für Verschulden der Kellner in Versicherung und Geldwirtschaft. 1925.
Juristische Rundschau: 1929, 1930. Höchstrichterliche Rechtsprechung.
Juristische Wochenschrift: 1906, 1911, 1913, 1921, 1922.

Kaskel, Arbeitsrecht; in Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. XXXI. Berlin 1925.
Kaskel, Hauptfragen des Tarifrechts. 1927.
Köhler, Prozeßstandschaft. Iher. Jahrb. Bd. 24.
Langen, Die privatrechtliche Stellung der Wirte. 1902
Leipziger Zeitschrift: 1908, 1914, 1922.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag. 1902.
Ludewig, Ermächtigung nach bürgerlichem Recht. 1922.
Mächtig, Die rechtlichen Beziehungen der Schank- und Speisewirte zu ihren Gästen. 1924.
Michel. E., Kommentar zum Gaststättengesetz. 1930.
Müller-Erzbach, Grundsätze über mittelbare Stellvertretung, aus der Interessenlage entwickelt. 1905.
Münzel, Lohnpfändung gegen Kellner, die auf Bedienungsgeld angestellt sind; Jur. Rdschau für Privatversicherung. 1927.
Oertmann, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse. Komm. 1928.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I, 2; 4. Aufl.
Poetsch, Geschichte des Zentralverbandes der Hotel-, Restaurant- und Caféhausangestellten. 1. Band.
Regelsberger, Pandekten. Bd. I.
Reichsgerichtsräte-Kommentar. Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I, 2, 6. Aufl.
Richter, Die fiduziarische Uebertragung des Prozeßführungsrechtes im eigenen Namen. Gruchot Beitr. Bd. 60.
Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß. 1908.
Salomon, Die juristische Natur des Trinkgeldes. Grünhut Bd. 41.
Schloßmann, Lehre von der Stellvertretung. 1900.
Schmidt, A., Zum Streit um die Rechtsnatur der Rechtsgeschäfte zu Inkassozwecken. Gruchot Beitr. Bd. 57.
Schoeninger, Die Forderungsabtretung. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 96.
Schulte-Holthausen, Unfallversicherung; 4. Aufl. 1929.
Schulz, Kommentar zur Reichsversicherungsordnung.
Schultze, Treuhänder im geltenden Recht. Iher. Jahrb. Bd. 43.
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. I, 1926.
Staub, Kommentar zum HGB. 1926, Bd. I, II.
Staudinger I und II, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
v. Gierke, System des Deutschen Privatrechts. Bd. III.
v. Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB. in Bindings System. Handb. d. Deutschen Rechtswissenschaft.
Boswinkel, Die unrichtige Uebermittlung von Willenserklärungen durch den Empfangsboten. Bürgerl. Arch. Bd. 32.
Warneyer, Rechtsprechung.
Weiler, Haftung der Gastwirte für Verschulden der Kellner. Jur. Rdschau für die Privatversicherung. 1927.
Wienstein, Der Begriff der Inkassozession. DJZ. 1905.

Entscheidungen der Obersten Gerichte usw. sind nur an den betreffenden Stellen der Arbeit belegt.

§ 1.

Einleitung.

1. Die Wahl des vorliegenden Themas könnte zunächst den Anschein erwecken, als ob den Kellnern ein besonderes Recht zuerkannt wäre, das diesen Stand anderen Berufsgruppen gegenüber begünstigte oder benachteiligte. Diese Annahme trifft nicht zu. Die Kellner nehmen innerhalb der Gesetzgebung keine Sonderstellung ein. Immerhin bleibt es eine lohnende Aufgabe, die Stellung des „Kellners", seine Vermittlertätigkeit zwischen Gast und Wirt, die sonstigen in seiner Person zusammentreffenden Beziehungen zum Wirtschaftsleben näher zu beurteilen und rechtlich zu deuten.

Die Bedeutung des Kellnerberufes in der heutigen Zeit erkennt man am besten daran, wenn man die Frage aufwirft, ob die Volkswirtschaft der Gegenwart, aber auch der Zukunft ohne diesen Beruf fertig werden würde. Viele Berufe, die wie z. B. die Seilerei, Handweberei usw., in früheren Zeiten unersetzlich waren, sind inzwischen eingegangen und durch die Maschine verdrängt. Der Kellnerberuf hat sich seit jeher nicht nur erhalten, sondern an Ausmaß zugenommen. Das moderne Wirtschaftsleben mit seinem Hang zur Bildung von Großbetrieben kann des Kellners nicht entbehren. Der Wert dieses Berufes liegt in der darin geleisteten persönlichen Arbeit, die durch Mechanisierung zwar erleichtert, durch Maschinen aber niemals ersetzt werden kann. Wie sehr gerade die „Persönlichkeit" im Kellnerberuf zur Geltung kommt, wird jeder Gast bestätigen, der eine Gastwirtschaft betritt. Er fühlt sich wohler und ist eher zum Wiederkommen geneigt, je freundlicher ihn die Bedienung empfängt und je geschickter sie ihres Amtes waltet.

2. Wer die Entwicklung des Kellnerberufes näher betrachten will, darf an dem Beruf des Gastwirtes nicht vorübergehen. Beide, der Gastwirt und der Kellner, sind eng miteinander verknüpft; ohne die Entwicklung eines regelrechten Gastwirtsbetriebes hätte es keinen Kellnerberuf geben können. Geschichtlich aneinander gemessen, ist natürlich der Gastwirtsberuf der ältere. Er verdankt seine Entstehung dem Reiseverkehr, der die Einrichtung von unterwegs gelegenen Unterkünften — Herbergen — zur Folge haben mußte. Wenn auch von einem geordneten Reise- und Fremdenverkehr erst in neuerer Zeit gesprochen werden kann, so hat doch der Trieb zum Umherziehen, zum Wandern und zur Ueberbrückung großer Entfernungen das Menschengeschlecht seit jeher beherrscht. Gewisse

Formen des Reiseverkehrs mit Herbergsbetrieb lassen sich schon bei den ältesten Kulturvölkern, z. B. den Persern, den Aegyptern, den Griechen, insbesondere den Römern [1]), geschichtlich nachweisen.

Bei uns in Deutschland entstanden Gasthäuser erst spät; man kann sagen, erst dann, als die alte germanische Tugend der Gastfreundschaft in der neueren Kultur erstarb und die Klöster und Klausen für die Beherbergung und Bewirtung des wachsenden Reiseverkehrs nicht mehr ausreichten. Sie entstanden zunächst an Handelsstraßen, zuerst in Tagesentfernungen, später zurzeit der Innungen und Zünfte auch in den Städten; aber auch das Badeleben des Mittelalters trug sehr zur Entwicklung des Gaststättenwesens bei [2]).

Wenn mit den Reisenden der früheren Zeit auch wenig Umstände gemacht wurden, — eine Verordnung der Stadt Luzern von 1315 schrieb z. B. vor, daß die Trinkgefäße wenigstens einmal wöchentlich zu reinigen waren [3]) — so kam es doch schließlich dazu, daß die Gastwirte den gesteigerten Verkehr allein nicht mehr bewältigen konnten. Vordem hatten sie die Bedienung selbst besorgt oder auch die Familienangehörigen mit herangezogen. Die männliche Hilfe des Gastwirtes beschränkte sich zunächst auf Arbeiten außerhalb der Gaststube, vornehmlich auf Fütterung und Pflege der Pferde. Zur Bedienung der Gäste selbst wurden zunächst die Mägde bestellt, die als Vorstufe der heutigen Kellner anzusehen sind.

Im Jahre 1588 gab es z. B. in Heidelberg schon 14 Wirtshäuser, in Frankfurt (Main) 1591 schon 22 Wirte, denen für die Bedienung der Gäste mehrere Bedienstete zur Seite standen. Die Wirtschaft, die der Schwertwirt Ott im Jahre 1799 unterhielt, zählte eine für die damalige Zeit bereits außerordentlich hohe Zahl von 16 Bediensteten [4]).

Man muß annehmen, daß der männliche Kellner aus Frankreich übernommen worden ist [5]). Vermutlich handelt es sich um Verpflanzung des herrschaftlichen Dieners in den Gastwirtsbetrieb, worauf schon die französische Benennung des Kellners als „garçon" hindeutet. Die Bedienung der Gäste durch männliche Kellner wurde allgemeiner, als sich viele durch die französische Revolution vertriebenen Edelleute in Deutschland niederließen und verfeinerte Sitten mitbrachten. Der Kellner fing an, die weibliche Bedienung in Gastwirtschaften langsam zu verdrängen, was in der Oeffentlichkeit zunächst auf großen Widerstand stieß und in Süddeutschland z. B. noch jetzt nicht völlig gelungen ist.

---

[1]) Glücksmann S. 1—4.
[2]) derselbe S. 31—34.
[3]) derselbe S. 12.
[4]) derselbe S. 27 ff.
[5]) Poetzsch, 1. Band.

Die Entwicklung ließ sich aber nicht mehr aufhalten. Der Gastwirtsstand mußte sich, um der drohenden Ueberfremdung des Bedienungspersonals zu steuern, dazu entschließen, einen eigenen Stamm von Kellnern heranzubilden. Dies geschah z. B. in München [1]) unter Aufsicht der Zunftmitglieder und unter Angliederung der Ausgelernten an die Zunftvereinbarungen. Die Ausbildung dauerte vier Jahre. Der Lehrling sollte katholischen Bekenntnisses, von gutem Ruf sein und eine ausreichende Schulbildung besitzen, die ihm die Erlernung der französischen Sprache erleichterte. Für heutige Verhältnisse erscheint es merkwürdig, daß es den bayrischen Kellnern bei Strafe der Entlassung verboten war, mit ihren französischen Mitarbeitern näheren Umgang zu pflegen; man befürchtete, daß hierdurch Geschäftsgeheimnisse verraten würden und andere Nachteile entstehen könnten. Auch durften sich die Kellner, wie es nach den Zunftgesetzen für die meisten Berufe seiner Zeit üblich war, lange Zeit nach ihrer Ausbildung nicht selbständig machen. Nur die Einheirat befreite den Kellner von dieser Zwangsklausel; doch mußte der Schwiegervater eine beträchtliche Abfindungssumme in die Zunftkasse zahlen. Um die Freizeit war es früher schlecht bestellt, stand dem Kellner doch vierteljährlich nur ein einziger Ruhetag für eigene Zwecke zur Verfügung [2]).

Vergleicht man den heutigen Beruf des Kellners mit den früheren Verhältnissen, so kann man feststellen, daß sich seine Tätigkeit — dem jeweiligen Bedürfnis entsprechend — aus den kleinsten Anfängen heraus zu einem vielbeschäftigten Stand entwickelt hat, der in allen Kulturstaaten der Gegenwart anerkannt und geachtet ist.

---

[1]) Poetzsch, 1. Band.
[2]) derselbe, 1. Bd.

§ 2.

Die Stellung des Kellners im Verkehr zwischen Gast und Wirt.

Der Kellner nimmt im Gesamtbilde des Gaststättenwesens den breitesten Raum ein. Seine Tätigkeit umfaßt in erster Linie die Vermittlung des Kaufangebots an den Unternehmer, die Vermittlung der Annahme dieses Angebots an den Gast, den Empfang der Zahlung und der Mängelrüge. Die rechtliche Beurteilung dieser Tätigkeit des Kellners ist nicht einheitlich. Sie schwankt zwischen der Einräumung uneingeschränkten Eigenrechts und der Auffassung, daß der Kellner lediglich Botendienste verrichte und an der Bildung des entscheidenden Geschäftswillens keinen Anteil habe.

Der Verfasser dieser Arbeit entscheidet sich weder für das eine noch für das andere. Er sieht vielmehr den Kellner als direkten Stellvertreter des Wirts oder auch als dessen Handlungsbevollmächtigten an und räumt ihm außerdem die Ermächtigung ein, die für den Wirt gegen den Gast entstehende Forderung in eigenem Namen einzuziehen.

Bevor der Nachweis für die Richtigkeit dieser Auffassung erbracht wird, soll im einzelnen untersucht werden, welche verschiedene rechtliche Beurteilung für die Stellung des Kellners im Verkehr zwischen Gast und Wirt möglich ist.

1. Fürst[1]) betrachtet die Tätigkeit des Kellners unter dem Gesichtspunkt einer auftraglosen Geschäftsführung im Sinne der §§ 677 ff BGB. Er meint, der Kellner besorgte für den Gast ein Geschäft. Diese Geschäftsführung entspräche auch dem Interesse und wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Gastes, und der Kellner erschiene somit wie ein Beauftragter berechtigt, gemäß § 683 BGB vom Gast Ersatz seiner Auslagen zu verlangen.

Begründet wird diese Ansicht lediglich mit der Angabe, daß der Wirt seine Kellner, um sich vor Verlusten durch Zechprellereien zu schützen, ein „bares Delkredere" leisten lasse. Der Wirt verlange Zahlung, wenn die Speisen aus der engeren Kontrolle herausgegeben würden. Diese Zahlung liege dann zunächst dem Kellner

[1]) Fürst im „Recht" 1908 Nr. 12.

ob, da man sie vom Gast vorerst nicht beanspruchen könne. Der Kellner wisse den Gast nach seiner ganzen Persönlichkeit zu beurteilen, habe ihm gegenüber insoweit eine gewisse Garantie und werde darum nicht ungern die nötigen Auslagen machen.

Dieser im wesentlichen richtig beobachtete Sachverhalt bietet für die Meinung von Fürst zumal dann keine genügenden Anhaltspunkte, wenn man den genauen Gesetzestext zugrunde legt. Auftraglose Geschäftsführung ist die Besorgung eines Geschäfts für einen Anderen ohne Auftrag und ohne sonstige Berechtigung. (§ 677 BGB.) Von vornherein erscheint es zweifelhaft, ob der Kellner, wenn man überhaupt annehmen will, daß er, ohne Auftrag erhalten zu haben, tätig wird, für einen „Anderen" handelt. Geschäftsführung ohne Auftrag umfaßt sowohl das objektiv fremde wie das subjektiv fremde Geschäft. Das Handeln „für einen Anderen" setzt das Bewußtsein und den Willen voraus, für ihn tätig zu sein [1]). Fehlt eines der beiden, so ist der Tatbestand des § 687 Abs. 2 BGB. nicht mehr gegeben. Bei dem Kellner wird man nun kaum weder den Willen noch das Bewußtsein voraussetzen dürfen, für den Gast tätig zu sein.

Im Grunde genommen befindet sich doch der Kellner in der berechtigten Annahme, es handele sich um sein eigenes Geschäft. Selbst wenn nach Ansicht des Reichsgerichtes [2]) ein Handeln für die eigene Person das gleichzeitige Handeln für einen Anderen nicht ausschließen soll, so wird man bei dem Kellner von einem subjektiv eigenen Geschäft sprechen müssen.

Erscheint aus diesem Grunde die Möglichkeit einer Geschäftsführung von Seiten des Kellners als unwahrscheinlich, so wird jetzt zu untersuchen sein, ob das Interesse und der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Geschäftsherrn berücksichtigt sind. Nur in diesem Falle hätte der Kellner Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen (§ 683 BGB.).

Eine Person ist nur berechtigt, das Interesse eines Anderen zu fördern, wenn dieser es auch wirklich gefördert wissen will [3]). Ueber den Begriff des Interesses sind die Meinungen geteilt: Die einen stehen auf dem Standpunkt, daß das, was der Geschäftsherr selbst als seinen Vorteil anerkennt, die freie, sogar willkürliche Selbstbestimmung maßgebend sei, so in rein subjektiver Auffassung Endemann [4]) und Ernst [5]). Die anderen lassen das nach objektivem Maßstab Angemessene und Vernünftige entscheiden [6]). Ich möchte mich der vermittelnden, sich jedoch mehr an die objektive Auffassung anlehnenden Ansicht Oertmanns anschließen; er sagt: „Unter Interesse

---

[1]) RGR. Komm. zu § 677 BGB.
[2]) RGZ. Bd. 63 S. 280.
[3]) RGR. Komm. zu § 683.
[4]) Endemann, zu § 678 BGB.
[5]) Arch. f. d. ziv. Praxis Bd. 96 S. 440 ff.
[6]) So auch die herrschende Ansicht.

wird das zu verstehen sein, was nach der Verkehrsauffassung als für den Geschäftsherrn zweckdienlich erscheint [1]). In erster Linie ist stets der wirkliche Wille zu berücksichtigen und festzustellen. Nach der Verkehrsauffassung geht aber dieser Wille des Gastes nicht auf eine Geschäftsführung durch den Kellner. Im allgemeinen wird sich der Gast überhaupt keine Gedanken darüber machen, welche rechtlichen Auswirkungen seine Bestellung beim Kellner haben soll, doch läßt es sich denken, daß der Gast etwas ganz Bestimmtes will. Er kann z. B. das Restaurant in der Absicht betreten, mit einer ihm an den Gastwirt zustehenden Forderung gegen dessen Forderung aus seinem Verzehr aufzurechnen. Eine Geschäftsführung des Kellners läge dann wohl auf keinen Fall im Interesse des Gastes. Der mutmaßliche Wille, den man durch die Frage erforschen kann: Würde der Geschäftsherr bei Kenntnis der Sachlage die Geschäftsführung gewollt haben?! braucht aber, wenn der wirkliche Wille festgestellt ist, nicht mehr beachtet zu werden. Dieser schließt jenen aus. Selbst ein mit dem mutmaßlichen Willen zusammenfallendes Interesse kann nicht genügen, die Geschäftsführung gegenüber einem entgegenstehenden wirklichen Willen zu einer verbindlichen zu erheben [2]).

Die Ansicht von Fürst läßt sich also mit dem Gesetzestext nicht in Einklang bringen und muß deshalb abgelehnt werden, jedenfalls kann der Kellner aus oben dargelegten Gründen eine Geschäftsführung nicht für sich in Anspruch nehmen.

2. Will man in der Person des Kellners sogar den Gegenkontrahenten des Gastes erblicken, so würde der Kellner ein sogen. indirekter Stellvertreter des Wirtes sein. Das Bürgerliche Gesetzbuch befaßt sich mit dem Begriff der indirekten Stellvertretung überhaupt nicht. Gesetzlich geregelt ist die indirekte Stellvertretung nur im Handelsgesetzbuch; doch hat man die Vorschrift des § 392 Abs. 2 HGB. als eine Sonderbestimmung anzusehen, die nur für den durch die §§ 383—406 HGB. bestimmten Kreis von Geschäften gelten [3]). Es handelt sich hier also nicht um eine eigentliche Vertretung im Sinne der §§ 164 ff. BGB. Bei der mittelbaren Stellvertretung erreicht man das Ziel der Vertretung nicht auf geradem, sondern auf dem Wege einer gebrochenen Linie. Es ist nämlich möglich, daß jemand ein Rechtsgeschäft zwar in der Absicht vornimmt, die Rechtswirkungen einem anderen zukommen zu lassen, aber doch zunächst im eigenen Namen handelt; er stellt das Geschäft „auf seinen Kopf", sodaß er nach außen hin allein als der Beteiligte erscheint. Eine solche Rechtsstellung könnte man bei dem Kellner vermuten, zumal er oft behauptet, daß er nach seinem Vertrage mit dem Gastwirt die Speisen und Getränke sofort beim Empfang bezahlen und er sie dann seinerseits weiterverkaufen müsse.

---

[1]) Oertmann zu § 683 BGB.
[2]) Ebenda.
[3]) RGZ. Bd. 58 S. 276.

Die rechtliche Behandlung dieser mittelbaren Stellvertretung erschöpft sich in dem Innenverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen, weshalb die Absicht, mit Wirkung für einen anderen zu kontrahieren, als bloßes Motiv für den Geschäftsabschluß im Hintergrunde bleibt. Wegen dieses äußeren Auftretens des mittelbaren Vertreters werden Rechte und Pflichten durch das Geschäft lediglich für und gegen den Vertreter begründet. Soll das Geschäft auch für den Vertretenen irgendwie von Wirksamkeit sein, so bedarf es einer besonderen rechtlichen Abmachung zwischen diesem und dem mittelbaren Stellvertreter. Von einem Uebergang kraft Gesetzes kann nicht die Rede sein.

Rosenberg [1]) steht auf dem Standpunkt, daß auch die mittelbare Stellvertretung ihre Grenzen kenne. Er meint, nicht alle Willenserklärungen und Rechtshandlungen ließen sie vermöge ihrer juristischen Natur zu. Nur dort, wo es sich um die Begründung und Umgestaltung vermögensrechtlicher Beziehungen handele, habe sie Wert; nicht dagegen bei jenen Rechtshandlungen, die sich äußerlich als Ausübung eines bestimmten Rechtes kundgäben, wie z. B. bei der Mahnung, der Zahlung und ihrer Annahme. Solche Handlungen ließen sich nur von einem Verfügungsberechtigten kraft eigenen Rechtes, d. h. also im Namen des Inhabers dieses Rechtes, vornehmen.

Wären diese Ausführungen richtig, so ergäbe sich schon daraus für den Kellner, daß für ihn die Stellung eines mittelbaren Stellvertreters des Wirtes nicht in Frage kommt. Indessen steht der Standpunkt von Rosenberg im Widerspruch mit der Gesetzesvorschrift des § 185 BGB., nach der eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, wirksam ist, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt oder wirksam wird, wenn der Berechtigte sie genehmigt. Der Kellner würde also unbedenklich als indirekter Stellvertreter seines Wirtes, d. h. also als Gegenkontrahent des Gastes, immer dann auftreten können, wenn er sich der Zustimmung seiner Handlungen durch den Wirt gewiß ist.

Nun scheitert aber diese begrifflich denkbare Möglichkeit in der Praxis an der Willensrichtung der Beteiligten, auf die es hier allein ankommt. Grundsätzlich ist lediglich der Wirt Vertragsgegner des Gastes, jedenfalls will der Gast nur mit ihm in Vertragsbeziehungen treten, und man wird auch sagen können, daß dieser Wille ohne besondere Erklärung hinlänglich nach außen hervortritt. Dann aber ist die Einziehung der Geldbeträge von dem Gast durch den Kellner nur die Ausübung eines dem Wirt zustehenden Rechtes.

Außerdem ergäbe sich für den Fall, daß der Kellner dem Gast trotzdem als selbständige Vertragspartei gegenüberträte, d. h. als Partei, die Willensäußerungen so abgibt, daß sowohl die von ihr

---

[1]) Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß S. 17 ff.

vorgebrachten Aeußerungen als eigene Aeußerungen, wie der vor ihr geäußerte Wille als eigener Wille gelten sollen, folgende Rechtslage: Der Gast befände sich über die Rechtslage im Irrtum. Der Zwiespalt zwischen der Absicht des Gastes, mit dem Wirt zu kontrahieren und dem Willen des Kellners, im eigenen Namen abzuschließen, würde das Zustandekommen eines rechtsgültigen Vertrags verhindern. Es läge ein sogenannter versteckter Dissens vor (§ 155 BGB.).

3. Nachdem nunmehr nachgewiesen ist, daß der Kellner im Verkehr zwischen Gast und Wirt weder als auftragloser Geschäftsführer des Gastes noch als indirekter Stellvertreter des Wirts angesprochen werden kann, soll erwogen werden, ob er als unmittelbarer Vertreter oder als Bote des Wirtes angesehen werden darf und muß.

Zur Wirksamkeit einer direkten Vertretung gehört nach § 164 BGB. Geschäftsfähigkeit des Vertreters, die aber nicht unbeschränkt zu sein braucht; außerdem Vertretungsmacht und Wollen und Handeln des Vertreters im Namen des Vertretenen. Es genügt, wenn der Wille in fremdem Namen zu handeln, sich aus den Umständen ergibt; eine ausdrückliche Erklärung ist nicht erforderlich. Ein Handeln im Namen des Vertretenen kann auch dann vorliegen, wenn nicht im ausschließlichen Interesse des Vertretenen gehandelt wird, sondern das Handeln zugleich auch dem Interesse des Handelnden selbst dienlich ist[1]). Das Bürgerliche Gesetzbuch geht grundsätzlich von der gemeinrechtlichen Repräsentationstheorie aus: Der Vertreter nimmt das Rechtsgeschäft vor, nach seiner Person sind daher die Wirksamkeitsvoraussetzungen zu beurteilen. Dem Vertretenen kommen nur die Wirkungen zugute. Die Stellvertretung ist aktiv, wenn der Vertreter eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung in fremdem Namen abgibt. Bei der passiven Stellvertretung gibt jemand eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung gegenüber einem Vertreter in der Art ab, daß er die Aeußerung dem Vertreter selbst zu eigener Kenntnisnahme anbietet, den von ihm geäußerten Willen aber nicht gegen den Vertreter persönlich, sondern gegen den Geschäftsherrn gelten lassen will[2]). Der Gast sieht den Kellner als Vertreter des Wirtes an. Dieser Umstand allein reicht jedoch nicht aus für den Beweis dafür, daß es sich um eine Vertretung im Sinne des § 164 BGB. handelt. Man spricht oft von Leuten als „Vertretern", obgleich sie nur Mitwirkende sind und auf die von ihnen abzugebenden Erklärungen überhaupt keinen willensbestimmenden Einfluß haben. Das Merkmal der Vertretung liegt darin, daß die Person, deren man sich bedient, nicht bloß eine fremde Erklärung übermittelt, sondern eine eigene Erklärung abgibt[3]). Was tut nun der Kellner?

---

[1]) Staudinger zu § 164. BGB.
[2]) Cosack-Mitteis S. 254 ff.
[3]) Staudinger zu § 164.

Der Kellner reicht dem Gast die Speisen- bezw. Getränkekarte und fordert den Gast damit zur Abgabe einer Offerte auf, oder der Gast macht von sich aus eine Offerte, indem er irgend etwas bestellt [1]). Wäre der Kellner etwa nur als Bote anzusehen, so würde er die Offerte des Gastes nicht bindend annehmen können, sondern sie lediglich an den Wirt oder dessen Bevollmächtigten weiter zu leiten haben. Der Kellner wäre in diesem Falle Empfangsbote.

Die nicht unbestrittene Frage, ob die Mittelsperson, wenn sie Erklärungen in Empfang nimmt, noch als Bote anzusehen ist, ist nach der durchaus herrschenden Lehre zu bejahen. Wird eine Willenserklärung durch einen Empfangsboten falsch übermittelt, so kommt es wegen einer etwa beabsichtigten Irrtumsanfechtung des Mitteilenden nach § 120 in Verbindung mit § 119 BGB. auf die „Verkehrsüblichkeit" an [2]). Geht nämlich eine Willenserklärung, die verkehrsüblich an den Empfangsboten abgegeben werden durfte, dem Empfänger unrichtig zu, so ist sie diesem gegenüber in der richtigen Form wirksam. Durfte dagegen die Erklärung verkehrsüblich nicht oder nicht in der geschehenen Weise an den Empfangsboten abgegeben werden, so bedient sich der Erklärende, der seine Willenserklärung gleichwohl einer Mittelperson anvertraut, ihrer als seines Boten. Er muß infolgedessen nach § 120 BGB. anfechten und dem Empfänger gemäß § 122 BGB. den Vertrauensschaden ersetzen, wenn die Erklärung dem Empfänger unrichtig zugegangen ist.

Mächtig [3]) steht zwar auf dem Standpunkt, der Kellner sei nur Uebermittler der Erklärung des Gastes, also nur Bote. Ihm ist von vornherein dann zu widersprechen, wenn er, wie aus der Fassung seiner Worte entnommen werden kann, annimmt, der Kellner sei Uebermittlungsbote des Gastes. Die Unhaltbarkeit dieser Rechtsauffassung ergibt sich nach obigen Ausführungen von selbst.

Nimmt der Kellner überhaupt die Stellung eines Boten ein, so könnte er nur Empfangsbote sein. Bei falscher Uebermittlung des Vertragsangebotes des Gastes träfe der Schaden den Wirt; denn die Bestellung konnte verkehrsüblich an den Kellner als Boten abgegeben werden; der Wirt müßte sie in der richtigen Form als gegen sich wirksam anerkennen. Nun liegt jedoch kein Bedürfnis vor, den Kellner zu einem bloßen Werkzeug zu stempeln, ihn zu einem Gehilfen zu machen, der lediglich durch Leistung rein faktischer Dienste die eine Partei unterstützt und insbesondere an der Bildung des entscheidenden Geschäftswillens keinen Anteil hat.

---

[1]) Nicht etwa macht der Kellner von sich aus die Offerte; denn die Darreichung der Karte, die erkennbar ein Anerbieten zum Vertragsabschluß für *mehrere* Personen enthält, bedeutet ähnlich wie bei Schaufensterauslagen keinen verbindlichen Vertragsantrag.

[2]) Boswinkel in Bürg. Arch. Bd. 32 S. 386.

[3]) § 4 S. 7, a. a. O.

Die Frage, ob Bote, ob Stellvertreter, die oft von entscheidender Tragweite ist — ich verweise u. a. auf die durchaus verschiedene Regelung der Anfechtbarkeit einer Willenserklärung in den §§ 120 und 166 BGB. — fällt hier übrigens nicht so stark ins Gewicht. Bestellt z. B. der Gast, der zusammen mit vier Herren am Tische sitzt, „fünf Mokka" und meint damit Zigaretten, während der Kellner glaubt, er solle „Mokkakaffee" bringen, so liegt sowohl im Falle der Stellung des Kellners als Bote als auch als Vertreter beide Male Dissens vor, und ein Vertrag ist nicht zustandegekommen.

Auch das rein passive Verhalten des Kellners bei Empfangnahme des Vertragsangebotes des Gastes spricht nicht unbedingt für eine „Botschaft". Der Kellner müßte in der Einschätzung seiner Arbeit als der einer Botentätigkeit mit Recht ein Mißtrauen erblicken. Zu solchem Mißtrauen hat jedoch der Wirt nicht den geringsten Anlaß; denn grundsätzlich gilt der Kellner als ermächtigt, die dem Wirt zustehende Forderung von dem Gast einzuziehen; er darf also im Wege der Verfügung auf den Rechtskreis des Wirtes einwirken. Wenn der Wirt aber dem Kellner diese Tätigkeit mißtrauenslos überläßt, wieviel mehr wird er ihm dann erlauben müssen, ihn durch Abschluß von Kaufverträgen mit dem Gast zu verpflichten. Ueberhaupt hat man sich im Zweifel *gegen* das Vorhandensein einer Botschaft und *für* die Existenz einer Stellvertretung zu entscheiden [1]). Der Kellner ist somit als *Vertreter* des Wirtes und nicht als sein Bote anzusprechen. Diese Annahme stimmt auch mit der Willensrichtung des Gastes bei Eingehung von Verträgen überein. Denn da es sich bei dem Kellner um einen passiven Stellvertreter handelt, kommt dessen Wille gar nicht in Betracht. Es ist nicht erforderlich, daß der Kellner die Erklärung als Vertreter in Empfang zu nehmen willens ist, sondern die Erklärung muß dem Kellner gegenüber erkennbar in seiner Eigenschaft als Vertreter abgegeben sein. Der Wille desjenigen, der die Erklärung an den Vertreter abgibt, des Gastes, ist sonach ausschlaggebend. Dieser sieht aber den Kellner als Vertreter des Wirtes an und will ihn so angesehen wissen.

Es besteht daher kein Grund, dem Kellner nicht auch diese Stellung einzuräumen. Der Kellner nimmt das Vertragsangebot des Gastes bindend an, so wie es der Wirt, wenn er selbst bediente, ebenfalls täte. Der Kellner ersetzt durch seine Tätigkeit den Wirt so, daß die vom objektiven Recht mit jenem Verhalten verbundenen Wirkungen unmittelbar und ursprünglich die Person des vertretenen Wirtes treffen. Der Kellner ist also unmittelbarer Vertreter des Wirtes, und zwar Stellvertreter im Empfang, d. h. eine Person, an

[1]) Fleck, im Arch. für Bürgerl. Recht, Bd. 15, S. 342.

die eine Erklärung, deren Wirkung einen anderen treffen soll, für diesen abgegeben wird [1]).

4. Die Vertreterstellung läßt den Kellner im Rechtsverkehr zwischen Gast und Wirt gleichzeitig zu dessen Handlungsbevollmächtigten werden; und zwar liegt seiner Tätigkeit zumeist eine sogenannte Einzelvollmacht [2]) zugrunde, d. h. der Wirt gestattet dem Kellner, einzelne zum Handelsgewerbe gehörende Geschäfte vorzunehmen. Grundsätzlich wird sich allerdings diese Handlungsvollmacht nur auf den Abschluß der Kauf- und Beherbungsverträge mit dem Gast auswirken, denn für den Empfang von Geld und Geldeswert erteilt der Wirt dem Kellner zumeist eine über die Handlungsvollmacht hinausgehende Befugnis; er ermächtigt ihn nämlich, die für den Wirt gegen den Gast entstandene Forderung im eigenen Namen einzuziehen.

Der Handlungsvollmacht des Kellners steht seine verhältnismäßig untergeordnete Stellung im geschäftlichen Betrieb des Wirts nicht entgegen; die Handlungsvollmacht betrifft lediglich die Vertretung des Vollmachtgebers durch den Bevollmächtigten im Rechtsverkehr.

Handlungsbevollmächtigter eines Kaufmanns kann sowohl eine in dessen Geschäft unselbständig bedienstete Person wie jeder andere sein; insbesondere ist es nicht erforderlich, daß der Handlungsbevollmächtigte zugleich Handlungsgehilfe ist [3]). Auch den Kellner hat man trotz seiner Rechtsstellung als Handlungsbevollmächtigten des Wirts nicht als Handlungsgehilfen im Sinne des § 59 HGB. anzusprechen. Kaufmännische Dienste, die die Hilfskraft nach § 59 HGB. zum Handlungsgehilfen machen, leistet nicht etwa schon der, der als Angestellter eines Kaufmanns in dessen Handelsgewerbe tätig ist, sondern nur der, dessen Dienste nach der Verkehrsauffassung als kaufmännische gelten [4]). Die Verkehrssitte sieht den

---

[1]) Auf die mit der gesamten herrschenden Lehre in Widerspruch stehende Ansicht Schloßmanns, der den Unterschied zwischen direkter und indirekter Stellvertretung leugnet und nur eine Vertretung, nämlich die Besorgung fremder Angelegenheiten auf Gefahr und Rechnung des Vertretenen anerkennt, ist hier nicht einzugehen.

[2]) Eine Handlungsvollmacht liegt vor, wenn jemand einen Andern ohne Erteilung der Prokura zum Betrieb eines Handelsgewerbes (allgemeine Vollmacht, sogenannte Generalvollmacht) oder zur Vornahme einer bestimmten, zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften (Artvollmacht) oder zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehöriger Geschäfte (Einzelvollmacht) ermächtigt. Vgl. Staub-Bondi Anm. 1) zu § 54 HGB.

[3]) Staub-Bondi a. a. O.

[4]) Mächtig, die rechtl. Beziehung der Schank- und Speisewirte zu ihren Gästen, S. 5.

Kellner nicht als Handlungsgehilfen in dem allerdings kaufmännischen Geschäftsbetrieb der Gastwirte an. Ein eigentliches Feilhalten der im Gasthof verzehrten Waren nimmt der Kellner nicht vor, und seine Verkaufsvermittlung tritt vor seinen persönlichen Diensten anderer Art zu sehr zurück. Der Kellner ist vielmehr in die Gruppe der Gewerbegehilfen zu reihen, die zusammen mit den Handlungsgehilfen die Kategorie der gewerblichen Arbeiter bilden. Unter Gewerbegehilfen, einer Stellung, die der weitaus größte Teil der Hilfskräfte im Gastwirtsbetriebe einnimmt, hat man, mangels einer gesetzlichen Definition dem Wortlaute nach alle die zu verstehen, die zu einer Dienstleistung und Unterstützung in einem Gewerbebetriebe angestellt sind, wenn auch ihre Tätigkeit besondere technische Fertigkeiten nicht beansprucht [1]). Nur dürfen sie nicht etwa kaufmännische Dienste leisten, soweit sie in einem Handelsgewerbe angestellt sind.

Obwohl also der Kellner Rechtsgeschäfte abschließt und Handlungsbevollmächtigter ist, nimmt er innerhalb des Gastwirtsbetriebes nur die Stellung eines Gewerbegehilfen ein [2]). Dies entspricht der Verkehrsauffassung und erscheint umso verständlicher, als zu den einfachen Geschäftsabschlüssen des Kellners keinerlei kaufmännische Fähigkeiten gehören. Die Unterscheidung der Frage, ob der Kellner als Handlungsgehilfe, oder als Gewerbegehilfe anzusehen ist, hat im übrigen nur noch Bedeutung für das anzuwendende Recht: Handlungsgehilfen unterstehen außer den Vorschriften der Gewerbeordnung denen des HGB., für die Gewerbegehilfen kommen subsidiär die Vorschriften des BGB. zur Anwendung. Die Gerichtszuständigkeit ist seit Bestehen des Arbeitsgerichtsgesetzes vom 23. Dezember 1926 für beide die gleiche, nämlich das Arbeitsgericht.

5. Die Tatsache, daß der Kellner die Verträge über Speise und Trank oder sonstige Anliegenheiten als Handlungsbevollmächtigter des Wirtes mit dem Gast eingeht, schließt nicht aus, daß er außerdem Inhaber abgeleiteten Rechtes sein kann.

Der durch die tatsächliche Vermittlung des Kellners zwischen Gast und Wirt zustandegekommene Kaufvertrag über Speise und Trank läßt zunächst für den Wirt, mit dem allein der Gast kontrahieren will, eine Forderung auf Zahlung des Kaufpreises entstehen. Im allgemeinen überläßt indessen der Wirt diese Forderung dem Kellner zur Einziehung für eigene Rechnung; beide vereinbaren generell, daß der Kellner dem Wirt gegenüber für die Leistungen der Gäste aufzukommen habe. Entweder muß der Kellner bei Entnahme der Speisen und Getränke sofort bezahlen, sei es in bar, sei es in gekauften Marken, oder es werden über die einzelnen Leistungen zunächst nur Empfangsbescheinigungen ausgestellt, während die Ab-

[1]) ROHG. Bd. 19. S. 382 ff.
[2]) Staub-Bondi Anm. 17 zu § 59 HGB.

rechnung mit dem Wirt nach Geschäftsabschluß erfolgt. Der Wirt überträgt dafür dem Kellner die Einziehung der Forderungen an die Gäste für eigene Rechnung.

Diese erlangt der Kellner entweder im Wege der Abtretung (Inkassozession) oder der Ermächtigung. Beide Rechtsbegriffe gehen über die dem Kellner grundsätzlich erteilte Handlungsvollmacht insofern hinaus, als sie den Kellner zum Inhaber abgeleiteten Rechts machen.

a) Abtretung ist ein Vertrag, durch den der bisherige Gläubiger eine Forderung auf einen neuen Gläubiger überträgt (§ 398 BGB.). Der Kellner rückt also zu einer Gläubigerstellung auf; daß dies trotz seines Gehilfenverhältnisses rechtlich nicht zu beanstanden ist, bedarf keiner weiteren Begründung. Die Abtretung ist ein abstraktes, dingliches Rechtsgeschäft, dessen Gültigkeit von der des kausalen Geschäftes grundsätzlich unabhängig ist. Mit dem Vertragsabschluß hört das Gläubigerrecht für den bisherigen Gläubiger persönlich auf und geht auf den neuen Gläubigen über, ohne daß die Rechtsnatur der Forderung geändert wird. Der Schuldner wirkt bei der Abtretung nicht mit. Einer Form bedarf der Vertrag nicht; er kann auch stillschweigend geschlossen werden, wenn nur der beiderseitige Wille, einen Abtretungsvertrag zu schließen, erhellt [1]).

Der Gegenstand der Abtretung muß individuell bestimmbar sein. Genügend bestimmt ist sie, wenn sich der Abtretende verpflichtet, ausschließlich für den Zessionar Geschäfte zu machen, und zwar derart, daß er im eigenen Namen Waren verkauft, die dann von dem Zessionar an den Kunden zu liefern sind [2]). Somit wäre gegen die Gültigkeit der Abtretung von Forderungen, die nach normalem Geschäftsverlauf in der Gaststube tagsüber zu entstehen pflegen, nichts einzuwenden. Aber auch eine Vereinbarung, daß der eine Vertragsteil eine Forderung erwerbe und diese dann sofort auf den anderen Vertragsteil übergehen soll, ist nach Ansicht des Reichsgerichts zulässig [3]).

b) Diese Abtretung stellt sich rechtlich als fiduziarische Zession, als sogen. Inkassozession dar, durch die der Kellner als Zessionar anstelle des Wirtes allein verfügungsberechtigt wird. Der Kaufvertrag über Speisen und Getränke kommt unmittelbar zwischen dem Wirt und dem Gast zustande, sodaß Gläubiger des Kaufpreises der Wirt ist; doch diese Gläubigerstellung bezüglich des Kaufpreises kann der Wirt im Wege der Inkassozession dem Kellner einräumen.

Die Inkassoabtretung unterscheidet sich von der gewöhnlichen Abtretung nur dadurch, daß neben den dinglichen Vertrag noch ein schuldrechtlicher gesetzt wird, durch den der neue Gläubiger sich

---

[1]) Soergel zu § 398 BGB.
[2]) RGZ. im „Recht" 1915 Nr. 1757.
[3]) RGZ. in LZ. 1914 Nr. 1712.

verpflichtet, die Forderung für den ersten Gläubiger einzuziehen. Die Inkassoabtretung kann jederzeit widerrufen und der erklärte Widerruf vom Schuldner eingewendet werden [1]). Andererseits kann der Inkassozessionar kraft eigener Rechtszuständigkeit [2]) und daher ohne Rücksicht auf das kausale Verhältnis zum Zedenten sein Recht ausüben. Auf die Scheidung zwischen dem Innen- und Außenverhältnis wird man, wie Soergel [3]) dies tut, keinen besonderen Wert zu legen brauchen. Soergel sagt: Inkassoabtretung ist nach innen bei Entgelt Dienstvertrag, nach außen Vollmachtserteilung, da jedoch die Wirksamkeit der fiduziarischen Zession eine unabweisliche Folgerung aus dem abstrakten Charakter der Zession ist, kann das Innenverhältnis für die Rechtszuständigkeit nach außen schlechthin gleichgültig bleiben.

Eine derartige Abtretung ist nun nicht etwa mangels Erkennbarkeit dem Gast gegenüber als unwirksam zu erachten. Der Wirt braucht nicht, wenn er den Kellner als allein forderungsberechtigt erscheinen lassen will, dies in Form einer Ankündigung dem Gast zur Kenntnis zu bringen. Der Schuldner braucht bei der Zession nicht gefragt zu werden. Vor allem dürfte die allgemeine Verkehrsanschauung einer Regelung widersprechen, die dem Wirt die Ankündigung der Abtretung zur Pflicht machen wollte. Die Entwicklung, die Form des modernen Kaffee- und Restaurationsbetriebes zielt immer mehr darauf ab, daß der Gast den Kellner als forderungsberechtigt ansieht. Namentlich in Großbetrieben kommt man tatsächlich mit dem Kellner allein in Berührung. Der Wirt, der vielleicht eine Gesellschaft ist, bleibt dem Gast fern. Das Publikum weiß auch unter den einzelnen Kellnern in Bezug auf ihre Funktion zu unterscheiden. Sind besondere Zahlkellner [4]) vorhanden, so leistet es nur an diese, weil es andere nicht als einziehungsberechtigt ansieht. Unter Berücksichtigung dieser fortschreitenden Entwicklung wird man nach überwiegender Verkehrsanschauung dem Kellner das Recht zuerkennen müssen, die gegen den Gast entstandene Forderung im eigenen Namen [5]) geltend zu machen.

c) Ein solches dem Kellner hier zugesprochenes Einziehungsrecht braucht nun aber sich nicht immer auf eine wahre Inkassozession zu gründen. Die generelle Annahme einer solchen Inkassoabtretung ist nur unter gewissen Umständen berechtigt. Sehr häufig nämlich liegen die rechtlichen Verhältnisse zwischen Wirt, Kellner und Gast hinsichtlich der Frage der Erfüllung und Befreiung des Gastes von seiner Schuld noch anders. Denkbar ist z. B. eine Zession mit

---

[1]) RGZ. Bd. 53 S. 417.
[2]) Oertmann Vorbem. vor §§ 398 ff.
[3]) Soergel Vorbem. zu § 398, V, 2.
[4]) Vgl. § 9, Ziffer 3 der Abhandlung.
[5]) Vgl. § 4 der Abhandlung.

beschränkter Wirkung; beschränkt in dem Sinne, daß die Forderung in Wahrheit dem Wirt als Abtretenden verbleibt und der Kellner nur berechtigt sein soll, sie in eigenem Namen einzuziehen. Dann liegt nicht eine Vollmacht vor, denn der Zessionar soll nicht als Vertreter des Zedenten in dessen Namen, sondern in eigenem Namen einziehen. Es handelt sich vielmehr um eine „Ermächtigung" im engeren Sinne, um eine „Einziehungsermächtigung" [1]). Sie ist von der „Abtretung" verschieden, aber immerhin mit ihr verwandt; sie gibt dem Empfänger die Möglichkeit, eine fremde und fremdbleibende Forderung im eigenen Namen geltend zu machen.

Ob eine Einziehungsermächtigung oder eine Inkassozession vorliegt, ist Auslegungsfrage und besonders aus dem Zweck des Geschäftes zu schließen. Es ist auf den konkreten Fall abzustellen. Man muß abwägen, welches der beiden Einrichtungen am meisten den Belangen der Beteiligten Genüge zu leisten imstande ist. Dies muß aber von der Einziehungsermächtigung angenommen werden. Die Forderung als solche bleibt bei dem Wirt; dieser überträgt dem Kellner nur ihre Ausübung. Der gefestigten Rechtsstellung, die der Kellner durch die Einziehungsermächtigung erlangt, entbehrt er vollends, falls er nur Handlungsvollmacht hätte. In diesem Falle fehlte ihm insbesondere das eigene Prozeßführungsrecht über die Forderungen, für deren Einziehung vom Gast er allein das Risiko trägt.

Auf die Berechtigung zu dieser Prozeßführung aber hat der Kellner ein unbestreitbares Anrecht. Wollte man ihm diesen Vorzug versagen, so bedeutete dies eine erhebliche Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse [2]).

Man darf sich daher nicht damit begnügen, die Rechtsstellung des Kellners im Verkehr zwischen Gast und Wirt lediglich unter dem Gesichtspunkt einer Handlungsvollmacht zu betrachten. Es bleibt vielmehr zu erörtern, inwieweit der Begriff der Ermächtigung für den Kellner nutzbar gemacht werden kann.

Zunächst mag untersucht werden, ob sich die Einziehungsermächtigung rechtlich begründen läßt, was man überhaupt unter ihr zu verstehen hat.

---

[1]) Enneccerus I, 2 § 303, IV.
[2]) Näheres siehe § 4 der Arbeit.

§ 3.

Die „Ermächtigung" im allgemeinen.

Die Ermächtigung bedeutet nach Ludewig[1]) die Erteilung der Macht, im eigenen Namen auf einen fremden Rechtskreis durch Rechtsgeschäft einzuwirken. Erfolgt die Machterteilung nicht im ausschließlichen Interesse des Ermächtigenden, so handelt es sich um eine Ueberlassung der Rechtsausübung zu getreuen Händen des Ermächtigten, wobei die überlassene Rechtsmacht eine durch den Zweck der Ermächtigung begrenzte Ausübungsberechtigung darstellt[2]). Die Ermächtigung ist weder als Vollmacht noch als Abtretung anzusehen. Von der Vollmacht, mit der sie im übrigen die Befugnis, Rechtsgeschäfte mit Wirkung gegen Dritte abzuschließen, gemeinsam hat, weicht sie insofern ab, als die Vollmacht die Befugnis erteilt, Rechtsgeschäfte in fremdem Namen, nämlich im Namen des Geschäftsherrn, abzuschließen, während bei der Ermächtigung diese Rechtsgeschäfte, die ebenfalls gegen den Geschäftsherrn Wirkung haben, im eigenen Namen abgeschlossen werden sollen. Der Bevollmächtigte zieht die Forderung im Namen des Geschäftsherrn ein, der Ermächtigte im eigenen Namen. Bei der Abtretung, auch bei der fiduziarischen, geht das Vollrecht über. Der Erwerber ist im Falle der fiduziarischen Zession nur obligatorisch zur Rückübertragung unter bestimmten Umständen verpflichtet. Bei der Ermächtigung soll das Recht als solches nicht übergehen.

1. Die Ermächtigung stellt sich als eine Art der Ueberlassung der Rechtsausübung dar, d. h. also sie findet ihre rechtliche Grundlage in dem Grundsatz von der Überlassung der Rechtsausübung.

Soweit allerdings die Fälle der Ermächtigung mit denen der Einwilligung im Sinne der §§ 182 ff. BGB. zusammenfallen, reichen diese Paragraphen zur Begründung aus. Es gilt dies zunächst für die Verpflichtungsermächtigung, soweit sie sich auf Verträge bezieht, und dann hinsichtlich der Ermächtigung zur Vornahme eines einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäftes. Die Rechtmäßigkeit der Verfügungsermächtigung, z. B. der Ermächtigung zur Einziehung von Forderungen, läßt sich aus § 185 BGB. als im voraus erteilte Einwilligung in die Verfügung eines Nichtberechtigten herleiten.

---

[1]) Ludewig, Ermächtigung nach Bürgerl. Recht, S. 2.
[2]) Ludewig a. a. O. S. 6.

Es können jedoch nicht alle Fälle der Ermächtigung auf die „Einwilligung" zurückgeführt werden. Die Ermächtigung geht über die Einwilligung hinaus, sie bedeutet eine Macht und nicht nur eine die Rechtswidrigkeit ausschließende Erlaubnis. Insoweit daher der Begriff der Einwilligung zur Begründung der Rechtmäßigkeit der Ermächtigung nicht ausreicht — dies trifft in Sonderheit für den Fall der Ermächtigung zur Prozeßführung zu — greift der Grundsatz von der Ueberlassung der Rechtsausübung Platz.

Unter Rechtsausübung hat man Betätigung des abstrakten subjektiven Rechtes durch Handlungen, die dem Rechtsinhalt entsprechen und die der Berechtigte kraft dieses Rechtes vornehmen darf, zu verstehen. Sie ist auf die tatsächliche Verwirklichung des abstrakten Rechtes gerichtet und muß von diesem unterschieden werden [1]). Die Uebertragung der Ausübung hat an sich keinen einschränkenden Einfluß auf die Stellung des Berechtigten. Durch die Uebertragung der Rechtsausübung nimmt ihm die Rechtsordnung nichts von seinem Recht; sie erlaubt dem Erwerber, sich so zu verhalten, wie sich der ursprüngliche Alleinberechtigte verhalten darf [2]). Die Unterscheidung von Recht und Rechtsausübung findet im Gesetz ihre Stütze [3]).

Das alle Rechte, die übertragbar sind, auch zur Ausübung überlassen werden können, unterliegt keinem Zweifel. Wie beispielsweise § 1059 Satz 2 BGB. zeigt, ist die Ueberlassung der Ausübung nicht einmal bei allen unübertragbaren Rechten ausgeschlossen. § 857 Abs. 3 ZPO. soll, wie Hirsch [4]) hervorhebt, ganz allgemein davon ausgehen, daß unveräußerliche Rechte zur Ausübung überlaßbar sein können. Es zeigt sich also, daß das geltende Recht den Kreis der überlaßbaren Rechte ziemlich weit gezogen hat. Jedenfalls ist die Ueberlaßbarkeit für übertragbare Rechte selbstverständlich. Ferner ergibt sich aber die Zulässigkeit der Ueberlassung der Rechtsausübung aus der Folgerung a maiore ad minus. Wenn das ganze Recht von dem Berechtigten auf eine andere Person übergehen kann, ihm also das Recht entzogen wird, so muß es im Sinne der Rechtsordnung erst recht zulässig sein, daß der Berechtigte einem anderen nur die Ausübung des Rechtes überläßt, während er selbst Inhaber des Rechtes bleibt und noch neben dem anderen zur Ausübung berechtigt ist. [5]). Der von der Rechtsordnung anerkannte Grundsatz der Ueberlassung der Rechtsausübung liegt, um es noch einmal hervorzuheben, der Ermächtigung mit Einschluß der besonderen unter dem Gesichtspunkt der Einwilligung der §§ 182 ff BGB. gesonderten Fälle zu Grunde. Das geltende Recht gewährt

---

[1]) Ludewig a. a. O. S. 32.
[2]) Hirsch, die Uebertragung der Rechtsausübung, S. 174.
[3]) Beispiele bei Ludewig a. a. O. S. 33.
[4]) Hirsch, a. a. O. S. 307.
[5]) Schmidt bei Gruchot Bd. 57 S. 241; Ludewig S. 34.

somit einem Gläubiger die Möglichkeit, seine Forderung einem anderen zu Ausübungszwecken zu überlassen; d. h. ihn zu ermächtigen, das dem Gläubiger verbleibende abstrakte subjektive Recht durch tatsächliche Verwirklichung zu betätigen.

Staub-Könige [1]), Jakobi [2]) und Schmidt [3]) kommen von dem Begriff der Legitimationsübertragung zum gleichen Ergebnis. Unter Legitimationsübertragung wird die Erteilung der Befugnis verstanden, auf einen Gegenstand des Geschäftsherrn in bestimmter Weise im eigenen Namen einzuwirken [4]). M. E. ist in den Begriffen der Ermächtigung und der „cessio in legitimationem" kein rechtlicher Unterschied zu erblicken, zumal dann nicht, wenn, wie dies verschiedentlich angenommen wird, die formale Legitimation auch ein gerichtlich erzwingbares Recht auf Ausübung des fremden Rechtes im eigenen Namen umfassen soll. In Wahrheit liegt also eine Ermächtigung vor [5]).

2. Es muß nun näher auf die Frage eingegangen werden, ob sich die Ermächtigung zur Prozeßführung auf gesetzliche Grundlage stellen läßt. Schließlich ist es gerade für den Kellnern von großem Wert zu wissen, ob ihm bei der Einziehung der Forderungen von den Gästen nur die faktische Möglichkeit, das fremde Recht im eigenen Namen geltend zu machen, oder aber staatlicher Zwang zur Seite steht, indem er als Ermächtigter im Prozesse für seine Forderungen aktiv legitimiert erscheint. Im ersteren Falle könnte zwar der Gast mit befreiender Wirkung an ihn zahlen, verpflichtet hierzu wäre er aber nicht. Für den Kellner ist die Ermächtigung nur dann von praktischer Bedeutung, wenn er auch ein erzwingbares Recht auf Geltendmachung der fremden Forderung hat.

Die Zulässigkeit der Ermächtigung zur Prozeßführung wird zwar — von wenigen Ausnahmen abgesehen — allgemein anerkannt [6]). Doch kann man sich den dazu angeführten Begründungen nicht ohne weiteres anschließen; insbesondere gilt dies von der Begründung, die das Reichsgericht im 73. Bande [7]) für die Zulässigkeit der Ermächtigung zur Prozeßführung gibt. Es heißt dort: Die Zulässigkeit der Ermächtigung zur Geltendmachung eines Rechts des Ermächtigenden durch den Ermächtigten im eigenen Namen und auf eigene Gefahr und Kosten sei vom Reichsgericht sowohl nach früherem wie nach dem

---

[1]) HGB. zu § 222.
[2]) Beschränkte Uebertragung der technischen Orderpapiere in „Ehrenberg, Handbuch 1917, Bd. IV, 1, S. 189."
[3]) Ebenda.
[4]) Jander in JW. 1913 S. 471 ff.
[5]) Zutreffend Ludewig in JW. 1922 S. 1501.
[6]) Enneccerus I,2 § 303, IV; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Vorbem. vor § 398, 2a; RG. Bd. 78 S. 90; Bd. 94 S. 137.
[7]) RGZ. Bd. 73 S. 308.

jetzt geltenden wiederholt anerkannt worden; sie ergebe sich aus dem, soweit nicht besondere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit und finde auch ihre Bestätigung in Gesetzesvorschriften, die die Einräumung ähnlicher Befugnisse zulassen, wie im § 1282 BGB., betreffend das Recht des Pfandgläubigers zur Einziehung der ihm gepfändeten Forderung, in den §§ 835, 836 ZPO., wonach durch Ueberweisung zur Einziehung der Pfändungsgläubiger zur Einziehung der Forderung des Schuldners in eigenem Namen ermächtigt wird und in § 185 Abs. 1 BGB., wonach einem anderen im voraus die Zustimmung erteilt werden kann, daß er durch Rechtshandlungen, die er im eigenen Namen vornehmen würde, über ein Recht des Zustimmenden verfüge [1]). Das Ergebnis, zu dem das Reichsgericht in dieser Entscheidung kommt, muß durchaus gebilligt werden. Der Begründung ist hingegen aus folgenden Erwägungen heraus zu widersprechen:

3. Das Reichsgericht behauptet, der Anwendung des Grundsatzes von der Vertragsfreiheit ständen ausdrückliche Vorschriften nicht entgegen. Da jedoch das Gesetz die Fälle, in denen es einem anderen als dem Inhaber des betreffenden Rechtes das Klagerecht zuerkennt, als Ausnahme angesehen hat und angesehen wissen will, spricht dieser Umstand schon von vornherein gegen die reichsgerichtliche Lehre. Außerdem gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit nur für Verpflichtungsgeschäfte [2]), jedenfalls nicht für solche Verfügungsgeschäfte, die wie die Ermächtigung einen Eingriff in einen fremden Rechtskreis zur Folge haben. Wenn H. Hellwig [3]) auf dem Standpunkt steht, daß die Anwendung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit schon deshalb ausgeschlossen sei, weil es sich bei der Ermächtigung zur Prozeßführung um eine rein prozessuale, somit öffentlich-rechtliche Rechtshandlung handele, auf die der genannte Grundsatz, der nur für das Privatrecht gelte, keine Anwendung finden könne, so ist dieser Ansicht nicht beizutreten. Als rechtsgeschäftliche Erklärung gehört die Ermächtigung dem Privatrecht an. Sie wird dadurch, daß sie zur gerichtlichen Geltendmachung eines Rechtes erteilt ist, nicht zu einer prozessualen Rechtshandlung, wobei allerdings nicht daran zu zweifeln ist, daß sie in diesen Fällen prozessuale Wirkungen hervorruft. Allein dies ändert nichts daran, daß ihre Erteilung durch eine dem Privatrecht angehörige rechtsgeschäftliche Erklärung erfolgt. [4]).

Die Gleichstellung der Fälle des § 1282 BGB., der §§ 835, 836 ZPO. mit der Klageermächtigung erscheint gleichfalls unberechtigt. Hier gibt nämlich das Gesetz dem Pfandgläubiger nicht bloß

---

[1]) Vgl. außerdem RGZ. Bd. 53 S. 417.
[2]) Planck (4.) zu § 398 BGB.
[3]) Gruchot Bd. 55 S. 607.
[4]) Ludewig a. a. O. S. 46.

eine Einziehungsbefugnis, bei der der Gläubiger auch noch Leistung an sich zu fordern berechtigt bleibt, sondern ein selbständiges, materielles, in seiner Ausübung den alten Gläubiger ausschließendes Einziehungsrecht. Der Pfand- oder Pfändungsgläubiger macht, wenn er gegen den Schuldner auf Zahlung klagt, nicht kraft einer Ermächtigung ein ihm fremdes Recht, sondern sein Pfandrecht als eigenes beschränktes Recht geltend [1]). Auch der Hinweis auf die Vorschrift des § 185 Abs. 1 BGB. kann die reichsgerichtliche Gesetzesauslegung nicht stützen. Die Prozeßführung über ein Recht ist keine Verfügung im Sinne des § 185 BGB. [2]). Ermächtigt also der Inhaber eines Rechtes einen Dritten lediglich zur Prozeßführung, so steht ihm das Klagerecht niemals aus der Bestimmung des § 185 BGB. zu, da dieser Paragraph nur Verfügungen trifft.

4. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Ermächtigung zur Prozeßführung läßt sich jedoch auf andere Weise rechtfertigen. Es ist nicht richtig, wenn behauptet wird, nur dem Inhaber des materiellen Rechtes komme ein Klagerecht zu. Dieser Grundsatz galt zwar ausnahmslos im gemeinen Recht; dort stand das Klagerecht nur dem materiell Berechtigten zu. Heute dagegen kann man aus dem Umstand, daß die Parteien nicht materiell berechtigt seien, kein Bedenken herleiten; denn das Gesetz hat auch anderen Personen als den Anspruchssubjekten die Befugnis zugesprochen, Rechte im eigenen Namen geltend zu machen. Es sind dies die Fälle der Prozeßstandschaft, d. h. Fälle des selbständigen Klagerechtes eines Dritten auf Grund eines ihm zustehenden Verwaltungsrechtes [3]) [4]). Doch stellen nun alle diese Fälle, in denen jemand kraft Gesetzes im eigenen Namen ein Recht geltend zu machen befugt ist, besondere Ausnahmen dar, die vom praktischen Bedürfnis bestimmt sind. Allein die Einsicht in den Ausnahmecharakter dieser Fälle gibt keinen Anlaß zur Aufstellung der Regel, daß ein Berechtigter nicht willkürlich die Geltendmachung eines Rechtes einem anderen übertragen kann, denn die Ausnahmen des Gesetzes beziehen sich auf Fälle, in denen jemand ohne Ueberlassung des Ausübungsrechtes das Klagerecht geltend macht. Hiernach kann die Regel im allgemeinen nur so aufzufassen sein, daß jemand im eigenen Namen ein fremdes Recht ohne Willen des Rechtsinhabers nicht ausüben darf. [5]). Daß solches mit Willen des Berechtigten geschehen kann, ergibt sich aus dem Grundsatz der Ueberlassung der Rechtsausübung. Jeder Inhaber eines Rechtes darf einem anderen sein Recht zur Aus-

---

[1]) Ludewig a. a. O. S. 47.
[2]) Crome, System I S. 326; Planck (4.) Vorbem. vor § 104; Oertmann (6) Vorbem. vor § 104.
[3]) Köhler in Iher. Jahrb. Bd. 24 S. 319; Grünhut Bd. 14 S. 39.
[4]) Vgl. die Rechte des Ehemanns gemäß der §§ 1380, 1443 BGB., die der Ehefrau nach § 1450 BGB. Weitere Beispiele bei Schmidt a. a. O.
[5]) Zutreffend Ludewig a. a. O. S. 48.

übung im eigenen Namen überlassen, auch die gerichtliche Geltendmachung, denn diese stellt sich als eine besonders intensive Form der Rechtsausübung dar. Der Satz, daß nur der Inhaber, das Subjekt des materiellen Rechtes, klageberechtigt sei, kann also gar nicht bestehen. Der Satz muß vielmehr folgendermaßen lauten: Klageberechtigt ist nicht nur der Inhaber des materiellen Rechtes, sondern auch jeder, dem die angriffsweise Ausübung des Rechtes übertragen ist, sei es durch Rechtsgeschäft, d. h. mit Willen des Berechtigten, sei es durch Gesetz, d. h. ohne Willen des Berechtigten [1]).

5. Das Reichsgericht führt in seiner Entscheidung [2]) weiter aus: Gegen die Zulässigkeit der Klageermächtigung bestünden keine Bedenken, da der Beklagte durch die Prozeßführung mit dem Ermächtigten nicht schlechter gestellt werde. Rechtshandlungen zwischen dem Dritten und dem Ermächtigten müsse der Ermächtigende, weil er sein Recht durch den Ermächtigten geltend machen läßt und er diesem die Legitimation dazu auch nach außen erteilt, ebenso gegen sich gelten lassen, wie wenn er sie selbst durch einen Bevollmächtigten mit dem Gegner vorgenommen hätte. Soweit dieser Satz eine Veränderung der Rechtslage des Gegners gegenüber dem Ermächtigten betrifft, die durch Privatrechtshandlungen und -geschäfte des Ermächtigten eintritt, findet er seine Rechtfertigung in § 185 BGB. Das Urteil fährt dann fort: „Das Gesamte gelte im Falle der Prozeßführung auch hinsichtlich der Wirkung des ergehenden Urteils. Der Ermächtigende müsse, weil er mit der Prozeßführung über sein Recht den Ermächtigten betraut hat, auch ein ungünstiges Urteil als gegen sich wirksam anerkennen.

Der Ansicht des Reichsgerichts ist im Ergebnis zuzustimmen. Als Begründung wird man nicht, wie K. Hellwig [3]), die Korrespondenz von Verfügung und Prozeßführung anführen können. Ebenso wie nach § 185 BGB. die Verfügung eines Nichtberechtigten mit Einwilligung des Berechtigten gegen diesen wirksam ist, soll auch die Prozeßführung eines Nichtberechtigten über ein fremdes Recht mit Einwilligung des Berechtigten wirksam sein. Eine Heranziehung des § 185 BGB. verbietet jedoch der grundsätzliche Unterschied zwischen Rechtsgeschäft und Prozeß. Auf einen Prozeß muß man sich einlassen, mag man wollen oder nicht. Dieser Zwang entfällt bei Rechtsgeschäften, die die Verfügung eines Nichtberechtigten zum Gegenstande haben. Läßt man sich gleichwohl auf sie ein, muß man sich die Folgen selbst zuschreiben. Jedenfalls ist der materiellrechtliche Grundsatz, daß Verfügungen über ein fremdes Recht bei Zustimmung des Berechtigten wirksam sind, auf die Prozeßführung über ein fremdes Recht nicht anwendbar [4]).

---

[1]) Vgl. Schmidt bei Gruchot a. a. O.
[2]) RGZ. Bd. 73 S. 306.
[3]) K. Hellwig, Rechtskraft S. 503 f., 507 f.
[4]) Stein, Vorbem. vor § 50 ZPO.

Nichtsdestoweniger besteht der Satz, daß der Ermächtigende ein ungünstiges Urteil in dem Prozeß des Ermächtigten gegen sich gelten lassen muß, zu Recht, und zwar aus folgenden Erwägungen: Bei der materiellen Rechtskraft eines Urteils sind die objektiven und subjektiven Wirkungen zu unterscheiden; objektiv bezieht sich die materielle Rechtskraft des Urteils auf das Klagebegehren, das der Ermächtigte mit Hinsicht auf das Recht des Ermächtigenden erstrebt; denn die Rechte und Pflichten stehen der Substanz nach völlig dem Ermächtigenden zu. Auch in subjektiver Beziehung muß sich nun die Rechtskraft auf den Inhaber des Rechtes erstrecken, auf das das Klagebegehren gestellt ist. Zwar bezweckt die im § 325 ZPO. ausgesprochene subjektive Begrenzung der Rechtskraft die Ausschaltung der Rechtskraftwirkung gegen unbeteiligte Dritte, aber der Ermächtigende ist wohl, prozeßrechtlich gesprochen, Dritter, nicht jedoch unbeteiligter Dritter; denn in Wirklichkeit ist er ja der Inhaber des Rechtes, auf den sich objektiv die Rechtskraft des Urteils bezieht. Auch in subjektiver Hinsicht wird sie sich auf ihn erstrecken müssen, sonst ständen die subjektive und objektive Begrenzung der Rechtskraft miteinander in Widerspruch, und dies läge, wie Ludewig [1]) richtig hervorhebt, nicht im Sinne des Gesetzes, kann jedenfalls nicht für Fälle zutreffen, in denen jemand ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend zu machen befugt ist. [2]) Der Standtpunkt des Reichsgerichts ist somit zu billigen.

6. Eine ganz abwegige Meinung über die Zulässigkeit der Ermächtigung zur Prozeßführung hat H. Jung [3]); er bestreitet ihre Zulässigkeit und hält die Ansichten, die das Reichsgericht, Enneccerus, Jakobi und Schmidt vertreten, für unrichtig. Soweit in der Literatur die Begründung dieser Auffassung aus § 185 BGB. hergeleitet und angenommen wird, die Zulässigkeit der Ermächtigung zur gerichtlichen Geltendmachung ergebe sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und werde ferner durch die §§ 185, 1282 BGB. und §§ 835, 836 ZPO. bestätigt, ist Jung nach den Ausführungen zuzustimmen. Widersprochen muß ihm jedoch werden, wenn er entgegen den allgemeinen Ausführungen zu § 3,1 der Arbeit die „Ueberlassung der Rechtsausübung" als Grundlage für die Zulässigkeit der Ermächtigung zur Prozeßführung ablehnt. Er sagt: „Die Uebertragung der Rechtsausübung erfolge in der Weise, daß der Inhaber des Rechtes in die Ausübung dieses Rechtes durch einen Dritten im eigenen Namen einwillige. Diese Einwilligung sei nichts weiter als eine Ermächtigung, deren Zulässigkeit für die gerichtliche Geltendmachung verneint werden müsse. Jung verkennt durchaus die Tragweite des Grundsatzes von der Ueberlassung der Rechtsausübung, wenn er diese mit der Einwilligung gleichstellt. Gewiß ist die Einwilligung als eine Art der Rechtsausübung anzusehen, doch nicht als die einzige. Zur Rechtsausübung gehören

[1]) Ludewig a. a. O. S. 50.
[2]) Stein zu § 325, VI ZPO.
[3]) Jung, Das vertragsmäßig abgezweigte Einziehungsrecht.

namentlich die außergerichtliche und gerichtliche Geltendmachung von Rechten, insbesondere Ansprüchen. Auch ist die rechtmäßige Verfügung über ein Recht als Ausübung des von der Verfügung betroffenen Rechtes anzusehen. Es handelt sich nicht nur um das erfolgreiche Gebrauchmachen von Rechtsbefugnissen, sondern Ausübung eines Rechtes ist jedes auf tatsächliche Verwirklichung des Rechtes gerichtete Verhalten [1]). Jung stellt fälschlicherweise die Begriffe der Einwilligung, Ermächtigung und Ueberlassung der Rechtsausübung auf eine Stufe und findet in ihnen keinen Unterschied; er übersieht dabei, daß der Grundsatz der Ueberlassung der Rechtsausübung die geeignete Grundlage für alle Fälle der Ermächtigung abgibt und so den Oberbegriff bildet, unter dem die Ermächtigung und Einwilligung lediglich sich als Anwendungsfälle der Rechtsausübung subsumieren lassen. In Verkennung dieser Tatsache gelangt so Jung zur Konstruktion seines vertragsmäßig abgezweigten selbständigen Einziehungsrechtes an Forderungen nach Analogie des gesetzlichen Einziehungsrechtes in den §§ 1074 und 1282 BGB. Die Zulässigkeit der vertragsmäßigen Abzweigung des Einziehungsrechtes leitet er aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit her, den er auch auf Verfügungsgeschäfte ausgedehnt wissen will. Abgesehen davon, daß ich dies in der Regel für unangebracht halte, zumal gerade die Abzweigung unter die Verfügungsgeschäfte fällt, bei denen eine Rechtsstellung neu begründet wird, läßt sich m. E. das Ergebnis, zu dem Jungs Schlußfolgerungen führen, schwerlich in Einklang mit § 137 BGB. bringen. Der Einziehungsberechtigte soll nach Ansicht Jungs dieselbe Stellung einnehmen wie der Forderungsnießbraucher und Pfandgläubiger gemäß den §§ 1074 und 1282 BGB. Ihm allein steht also ein den Gläubiger ausschließendes Einziehungsrecht zu. Der Gläubiger verliert das Recht, Leistungen an sich zu fordern. Hierin ist m. E. eine Beschränkung der Befugnis zur Verfügung über die Ausübung des Forderungsrechtes zu erblicken. Ein rechtsgeschäftlicher Ausschluß eigener Ausübungsbefugnis verstößt aber gegen den unser Recht beherrschenden, für den Ausschluß der Verfügungsbefugnis in § 137 BGB. ausdrücklich geregelten Grundsatz, daß niemand seine Befugnis zur Vornahme von Rechtshandlungen in seinem eigenen Rechtskreis ausschließen oder beschränken kann [2]). Jungs Ansicht kann somit nicht beigetreten werden.

7. Obwohl nun die Zulässigkeit der Ermächtigung zur Prozeßführung außer Zweifel steht, ergeben sich doch einige Einschränkungen. Zu ihnen zwingt die Rücksicht auf die Veränderung der Prozeßlage, die für den Schuldner insofern eintritt, als ihm anstatt des Gläubigers der Ermächtigte gegenübertritt. Mit Recht hat K. Hellwig [3]) darauf hingewiesen, wie außerordentlich sich die Rechtslage des Beklagten verschlechtert, wenn er sich gefallen lassen muß, statt

[1]) Ludewig a. a. O. S. 32.
[2]) Ludewig a. a. O. S. 70
[3]) S. 612—14 a. a. O.

mit seinem eigentlichen Gegner mit beliebigen Dritten zu prozessieren; und zwar besonders hinsichtlich der Geltendmachung von Gegenrechten durch Aufrechnung und Widerklage, hinsichtlich der Ablehnung und Ausschließung des Richters oder von Sachverständigen, hinsichtlich der Zeugnisverweigerung, der Pflicht zur Urkundenedition, hinsichtlich der Eideszu- und -zurückschiebung und der Prozeßkostenerstattungspflicht. Im Hinblick auf diese Nachteile will H. Hellwig einer Klageermächtigung nur dann stattgeben, wenn der Beklagte mit der Prozeßführung des Ermächtigten einverstanden ist. Der Dritte soll also jederzeit durch die Rüge des Mangels der Sachlegitimation des Ermächtigten die Abweisung der Klage erzielen können, die der Ermächtigte gegen ihn erhoben hat. Diese Meinung ist unhaltbar. Stellt man sich nämlich auf den hier vertretenen Standpunkt, daß eine Ermächtigung zur Klage zulässig sei, so ist eben der Ermächtigte aktiv legitimiert und die Zustimmung des Beklagten überflüssig.

Die dem Dritten durch die Prozeßführung des Ermächtigten erwachsenden Nachteile sind übrigens nicht so intensiv, daß man ihretwegen der Zulassung der Ermächtigung zur Prozeßführung überhaupt die Berechtigung abspricht. Schließlich muß sich der Dritte auch im Falle der Abtretung eine etwaige prozessuale Verschlechterung gefallen lassen. Anderseits ist nicht zu verkennen, daß die Ermächtigung zur gerichtlichen Geltendmachung eine Durchbrechung des normalen Gefüges des Zivilprozesses bedeutet und einen unnatürlichen Charakter annimmt; macht doch jemand einen Anspruch, der einem anderen zusteht, im eigenen Namen gerichtlich geltend. Diese Feststellung gebietet die Annahme gewisser erschwerender Voraussetzungen und es ist der Ansicht Ludewigs [1]) zuzustimmen, der in jedem Fall von dem Ermächtigten die Darlegung eines „Rechtsschutzinteresses" an der gerichtlichen Geltendmachung des fremden Rechtes im eigenen Namen fordert.

Ueberhaupt hält auch das Reichsgericht [2]) die Einklagung einer fremden Forderung kraft Ermächtigung des Ermächtigten bei Nachweis eines Rechtsschutzinteresses für unbedenklich. Mit Stampe [3]) wird man ein rechtsschutzwürdiges Interesse nicht schon dann für hinreichend dargelegt erachten, wenn nur ein eigenes Interesse des Ermächtigten an der Einklagung des fremden Rechtes besteht, vielmehr ist zu fordern, daß Gründe dargetan werden, die es rechtfertigen, weshalb Ermächtigender und Ermächtigter nicht zur Zession oder zur Vollmachterteilung gegriffen haben. Die Anforderung an die Darlegung des Rechtsschutzinteresses ist darum besonders hoch zu stellen, weil eine im Gesetz nicht vorgesehene Rechtsbildung von ungewöhnlichem Gepräge in Frage steht. Es ist aber zweifellos, daß der Kellner stets in der Lage sein wird, ein bestimmtes, sich des Schutzes durch die Gerichte würdig zeigendes, eigenes Interesse an der Verfolgung seiner Rechte darzutun.

[1]) Ludewig a. a. O. S. 53.
[2]) RGZ. Bd. 91 S. 390, Jur. Rdsch. 1930. H.R.R. Nr. 820.
[3]) Bem. zur JW. 1921 S. 480.

§ 4.

Das Rechtsschutzinteresse des Kellners an der Einziehungsermächtigung.

Es fragt sich nun, ob Gründe ins Feld geführt werden können, die beim Kellner *für* eine Einziehungsermächtigung und *gegen* eine Inkassozession sprechen und die eine Vollmachtserteilung als nicht ausreichend erscheinen lassen.

Die dem Kellner erteilte Handlungsvollmacht, die sich grundsätzlich auch auf die Einziehung der für den Wirt gegen den Gast entstehenden Forderungen erstreckt, beschränkt sich zwangsläufig auf Handlungen, die Rechtswirkungen nur für und gegen den Wirt hervorbringen. Eine gefestigte Rechtsstellung vermag dagegen die Handlungsvollmacht dem Kellner niemals einzuräumen. Auf sie aber hat der Kellner ein unbestreitbares Recht.

Der Verkauf der Waren an den Gast ist für den Wirt in dem Augenblick erledigt, in dem er sie an den Kellner gegen sofortige Bezahlung oder spätere Abrechnung herausgibt. Ob es dem Kellner seinerseits gelingt, die von ihm verausgabten Beträge vom Gast wieder einzuziehen, kümmert den Wirt umso weniger, als er wegen seiner Forderung durch den Kellner sichergestellt ist. Der Wirt läßt den Kellner also gewissermaßen die Gefahr beherrschen und das Risiko der Einziehung übernehmen. Handelt es sich bei dem Gast um einen Zechpreller oder ist dieser zahlungsunfähig, so trägt der Kellner den Schaden.

Diese den tatsächlichen Verhältnissen entsprechende Regelung gebietet, dem Kellner für die Ausfälle, die er möglicherweise erleidet, einen wenn auch nur geringen Ausgleich in Form der Einräumung einer Gläubigerstellung zu verschaffen, als deren Grundlage die Handlungsvollmacht jedenfalls versagen würde. Die Handlungsvollmacht versagt dem Kellner vor allem das eigene Recht der Prozeßführung über die von dem Gast einzuziehende Forderung. Das Recht hierzu, das der Kellner aus guten Gründen für sich beanspruchen darf, erlangt er entweder im Wege der Inkassozession oder im Wege der Ermächtigung.

In Wirklichkeit liegen nun auch die Verhältnisse meist so, daß der Wirt sich bei der Einziehung der Gelder durch den Kellner nicht nur vertreten läßt, sondern ihm eine Art Gläubigermacht einräumt, ihn zum Inhaber abgeleiteten Rechts werden läßt, indem er ihm gestattet, die Kaufpreisforderung im eigenen Namen und nicht in dem des Wirtes einzuziehen. Ob wiederum eine Einziehungsermächtigung oder eine Inkassozession gewollt sei, ist Auslegungsfrage und besonders aus dem Zweck des Geschäfts zu schließen. Es ist auf den konkreten Fall abzustellen. Man muß abwägen, welches der beiden Einrichtungen den Belangen der Beteiligten am meisten Genüge zu leisten vermag. Bei der Inkassozession ginge die Forderung insgesamt auf den Kellner über, der nur im Innenverhältnis obligatorisch verpflichtet wäre, die Forderung zweckentsprechend auszunutzen. Eine solche Abmachung scheint mir nicht zum Vorteil des Wirtes zu sein. Es läßt sich nicht annehmen, daß der Wirt gewillt ist, sich auf diese Weise der Verfügung über die Kaufpreisforderung völlig zu begeben. Wegen der abstrakten Natur der Zession geht nämlich auch bei einer solchen zu Inkassozwecken das Verfügungsrecht allein auf den Kellner über. Der Wirt müßte es sich gefallen lassen, wenn der Kellner die Forderung anderweitig abtritt, oder die Einziehung auf andere Weise vereitelt. Diese Machtstellung erlangt der Kellner nicht im Falle der Ermächtigung; sie läßt die Forderung bei dem Wirt und überträgt dem Kellner nur die Ausübung der Forderung, d. h. ihre Verwirklichung. Bei der Auslegung der Parteiabsichten streitet m. E. die Vermutung für eine „Ermächtigung"; sie vermag sich am besten dem jeweiligen Zweck eng anzupassen, ohne, wie die Inkassozession, über diesen hinauszuschießen, noch hinter ihm zurückzubleiben. Hier liegt ihre wirkliche Stärke, die sie fähig macht, in einer für das Leben durchaus wichtigen Rechtsfrage der zwischen „Vertretung" und „uneingeschränktem Eigenrecht" umherirrenden Forschung die goldene Mittelstraße zu weisen.

§ 5.

Folgerungen aus der Einziehungsermächtigung.

Aus seiner Stellung als zur Einziehung der Forderungen Ermächtigter ergeben sich für den Kellner folgende Wirkungen:

1. Der Kellner wird *Eigentümer* des vom Gast Geleisteten. Wenn sich allerdings auch der Gast in aller Regel bei der Einigung über die Eigentumsübertragung über die Person des eigentlichen Erwerbes keine Gedanken macht, so will er doch das Eigentum an dem von ihm zu Leistenden der Person übertragen, „die es angeht". Da nach den bisherigen Ausführungen nur der Kellner als Erwerber in Betracht kommt, liegen die Voraussetzungen des § 929 Abs. 1 S. 1 BGB. zweifellos vor. Wenn sich das Reichsarbeitsgericht demgegenüber auf den Standpunkt stellt, daß das vom Gast Geleistete Eigentum des Wirtes wird [1]), so mag dies für die Fälle zutreffen, in denen der Kellner lediglich Handlungsvollmacht hat. Ist ihm jedoch Einziehungsermächtigung erteilt, so geht das Eigentum sowohl an der Vergütung für Speisen und Getränke als auch an dem Bedienungsgeld auf den Kellner über.

Der Kellner ist auch zur Prozeßführung berechtigt, kann er doch stets ein bestimmtes eigenes Interesse an der Verfolgung seiner Rechte dartun, das sich des Schutzes durch die Gerichte würdig zeigt. Sieht sich der Kellner genötigt, den Gast wegen der nicht bezahlten Zeche zu verklagen, so ist er in diesem Prozeß Partei und kann ihn im eigenen Namen führen. Da die Erteilung der Ermächtigung an den Kellner nicht in dessen ausschließlichem Interesse geschieht, ergibt sich aus dem vorhandenen Treuhandcharakter der Ermächtigung, daß der Kellner den Einziehungszweck nicht vereiteln kann. Er darf nicht zweckwidersprechend über die Forderung verfügen, sie anderweitig abtreten oder erlassen; denn es ist immer wieder hervorzuheben, daß die Forderung als solche bei dem Wirt bleibt; das Recht des Kellners beschränkt sich auf ihre Ausübung. Dem Kellner bleibt es trotzdem unbenommen, seinen Gästen nach Belieben Kredit zu gewähren. Man

[1]) R.A.G. in Jur. Rdsch. 1930, H.R.R. Nr. 1126 und 1127.

spricht dann von „Schulden beim Kellner". Diese berühren die Forderung des Wirtes in keiner Weise und sind nicht etwa als Erlaß seiner Forderung anzusprechen. Die Kreditgewährung geht lediglich zu Lasten des Kellners.

Trägt allerdings der Gastwirt selbst das Risiko für die gestundete Forderung, so greift die Vorschrift des § 31 des Gaststättengesetzes vom 28. April 1930 ein, nach der Forderungen eines Gast- oder Schankwirtes aus dem Ausschank von Branntwein bei wiederholtem „Anschreiben" weder eingeklagt noch in sonstiger Weise geltend gemacht werden können.

Das setzt voraus, daß bei der Stundung der Forderung eine frühere, zwischen demselben Schuldner auf der einen und demselben Gast- oder Schankwirt als Gläubiger auf der anderen Seite vorhandene Schuld noch nicht getilgt worden ist [1]).

Der dem Rechtsausschuß des Reichstages im Juli 1927 zur Beratung überwiesene Antrag, bei allen Verbindlichkeiten aus kreditweiser Verabfolgung von alkoholischen Getränken in öffentlichen Schankstätten Klagbarkeit und Vollstreckungsmöglichkeit auszuschließen, hat im Gaststättengesetz keine Berücksichtigung gefunden.

2. Der Wirt behält als Ermächtigender sein Recht; die Einziehungsbefugnis des Kellners ist keine ausschließliche, denn der Wirt bleibt neben dem Kellner zur Einziehung berechtigt. Hat sich z. B. der Kellner seiner Pflicht, die Waren bei ihrer Entnahme sofort in bar oder in üblichen Marken zu bezahlen, rechtswidrig entzogen, so kann der Wirt den Gästen verbieten, Zahlung an den Kellner zu leisten und verlangen, daß an ihn selbst gezahlt werde. Der Wirt hat als Inhaber des materiellen Rechts die Widerspruchsklage gemäß § 771 ZPO., wenn die Forderung durch einen Gläubiger des Kellners gepfändet werden sollte. Desgleichen steht ihm ein Aussonderungsrecht im Falle des Konkurses desselben zu.

3. Im Prozeß des Kellners gegen den Gast kann der Gast jeden Einwand aus der Person des Wirtes dem Kellner gegenüber geltend machen. Dies gilt insbesondere von der Aufrechnung mit Forderungen gegen den Wirt. Der Kellner muß es sich also gefallen lassen, wenn der Gast Zahlung seiner Zeche verweigert mit der Bemerkung, er rechne mit seiner Forderung gegen die des Wirtes auf. Hiergegen kann sich der Kellner nicht wehren, sich auch nicht darauf berufen, daß dies Verhalten gemäß § 242 BGB. gegen Treu und Glauben verstoße, weil der Vertrag des Gastes mit dem Wirt stets mit der Maßgabe geschlossen werde, daß die Zahlung lediglich an den Kellner zu erfolgen habe. Nach § 242 BGB. sind zwar Verträge loyal zu erfüllen und hierbei die Interessen beider Teile

[1]) Michel, Komm. zum Gaststättengesetz 1930 zu § 31 Anm. II.

gleichmäßig zu berücksichtigen, jedoch mit der notwendigen Begrenzung, daß die Sicherheit des Rechtsverkehrs nicht leiden darf und der oberste Grundsatz des Vertragsrechtes: „pacta sunt servanda" aufrecht erhalten wird [1]). Eine Ablehnung der Aufrechnung im Falle der Einziehungsermächtigung, die dem Wirt das volle Gläubigerrecht beläßt, würde zu diesem Grundsatz in krassen Widerspruch treten.

4. Läßt sich die Kaufpreisforderung nicht durchsetzen, so wird der Wirt den ihm vom Kellner bereits bezahlten Betrag zurückerstatten müssen. Es ist dies der Fall, wenn der Kellner die Speisen und Getränke ohne Verschulden verschüttet, sie also an den Gast nicht abliefern kann, wenn sich der Gast nach der Bestellung dauernd entfernt hat oder die Waren wegen Mängel zurückweist. Verläßt der Gast nach Genuß der Waren ohne Bezahlung das Lokal, so trifft allerdings dieser Schaden den Kellner selbst; tariflich ist dieses Risiko zumeist insofern eingeschränkt, als die Kellner für Zechprellereien nicht zu haften haben, wenn ihnen grundsätzlich untersagt ist, sofort zu kassieren und wenn sie kein Verschulden trifft [2]). Fordert der Gast den Kaufpreis zurück, weil sich nachträglich, d. h. nach Bezahlung der Speisen und Getränke, herausstellt, daß diese für den Genuß ungeeignet waren, so kann der Kellner dieses Ansinnen für seine Person unbeachtet lassen. Wandlungsansprüche des Gastes gemäß § 462 BGB. richten sich gegen den Wirt als Verkäufer und Vertragsgegner. Anders ist es, wenn der Gast sich bei der Bezahlung irrt, wenn er eine Zeche von 50 *RM* zu bezahlen und versehentlich einen Hundertmarkschein hingibt. In diesem Falle steht dem Gast der Rückforderungsanspruch gemäß § 812 BGB. nur gegen den Kellner zu, nimmt er doch das Geld als Ermächtigter des Wirtes in Empfang, nicht als dessen Vertreter.

Der Gast ist im übrigen stets gehalten, die Bezahlung der Speisen und Getränke an den Kellner zu leisten, der ihm die Waren gebracht und ihn bedient hat. Diese Verpflichtung, die durch die Rücksicht auf die Regelung des zwischen Wirt und Kellner bestehenden Rechtsverhältnisses geboten erscheint, übernimmt nicht nur jeder Gast stillschweigend, sie ergibt sich m. E. zwangsläufig; denn der Vertrag, den der Gast schließt, kommt lediglich durch die Person des Kellners zustande, bei dem der Gast gerade bestellt hat; nur dieser allein kann berechtigt erscheinen, die aus dem Vertrag entstehende Kaufpreisforderung im Wege der Einziehung zum Erlöschen zu bringen. Der Gast kann also mit befreiender Wirkung gegenüber dem Wirt nur an ihn selber, oder an den ihn „bedienenden" Kellner zahlen. Dies gilt natürlich nur für die Fälle, in denen der betreffende Kellner zum Zahlungsempfang ermächtigt ist, oder

---

[1]) RGZ. in JW. 1906 S. 299.

[2]) Vgl. Tarifvertrag für Berlin § 9,2 zwischen den Arbeitgeberverbänden im Gastwirtsgewerbe und dem Zentralverband der Hotel-, Restaurant und Caféangestellten.

der Gast zu einer derartigen Annahme berechtigt erscheint. Wann die Umstände den Gast zu einer solchen Annahme berechtigen, läßt sich freilich allgemein nicht bestimmen; eine solche Annahme wird jedoch regelmäßig schon dann zutreffen, wenn an dem betreffenden Ort entweder in allen Lokalen oder in Lokalen der in Rede stehenden Art eine derartige Ermächtigung allgemein üblich ist.

Nicht etwa gilt für den Kellner die in § 56 HGB. an die Anstellung in einem Laden geknüpfte gesetzliche Ermächtigung zu Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden gewöhnlich geschehen, so daß *jeder* Gast mit der Wirkung der Befreiung an *jeden* Kellner zahlen könnte. Weder der Sprachgebrauch noch die Verkehrsauffassung sprechen dafür, eine Gaststube als „Laden" zu bezeichnen. Diese Auffassung stützt sich auf das Gesetz selbst, denn Art. 9, I EG. zum HGB. führt das Bestehen eines offenen Ladens und das Betreiben einer Gast- und Schankwirtschaft als etwas Verschiedenes nebeneinander auf. Es ist daher nicht anzunehmen, daß das HGB. den Ausdruck „Laden" in einem weitergehenden Sinne angesehen wissen will, als sein Einführungsgesetz [1]).

[1]) Mächtig a. a. O. S. 5.

§ 6.

Der Kellner und seine Entlohnung.

Der Kellner fordert im allgemeinen von dem Gast außer dem Entgelt für die Zechschuld ein „Bedienungsgeld" und sucht diese Forderung mit der Behauptung zu rechtfertigen, sie bilde den wesentlichen Teil seiner Entlohnung, im übrigen sei auch die Gewährung eines Bedienungsgeldes zur Zeit allgemein üblich. Die Entlohnungsfrage gestaltet sich für die Kellner nicht einheitlich; sie hat überhaupt im Laufe der Zeit eine Wandlung erfahren. Früher war nämlich der Kellner zumeist lediglich auf ein „Trinkgeld" angewiesen, dessen Gewährung und Höhe im Belieben des Gastes lag. Heutzutage dagegen gehen die Bestrebungen der organisierten Kellner dahin, den Kellnern ebenso wie anderen Angestellten einen festen Lohn zukommen zu lassen. Diese Entwicklung geht freilich nur langsam voran. So greift denn vorwiegend augenblicklich folgende meist tariflich festgelegte Regelung Platz: Die Kellner werden durch einen ihnen restlos zufallenden, grundsätzlich gleichmäßig zu verteilenden Aufschlag von 10% auf die von ihnen umgesetzten Waren entlohnt; hierbei wird ihnen ein Einkommen von tariflich vereinbarter Höhe für den Monat zugesichert; d. h. erreichen die Umsatzzuschläge nicht die Summe des Garantiebetrages, so muß der Geschäftsherr den Rest zuzahlen. — Jedoch, wie oben erwähnt, ist diese Regelung nicht allgemein und bestehen nicht überall tarifliche Abmachungen darüber. Oft sind Lokale anzutreffen, besonders im Rheinland, in denen den Kellnern untersagt ist, Bedienungsgeld zu fordern. In diesen Fällen, in denen der Kellner einen Aufschlag für Bedienung nicht erhebt, handelt es sich, wenn die Gäste gleichwohl mehr bezahlen als von ihnen verlangt wird, um das sogen. „Trinkgeld", das früher allein die Entlohnung der Kellner darstellte. Einstweilen kann in Deutschland von einer Abschaffung des Trinkgeldes *nicht* gesprochen werden. Der Entwicklungsgang der Lohntarife zeigt zwar eine Befestigung des Bedienungsgeldsystems, aber es ist doch bezeichnend, daß Ende 1926 in Köln zwischen den Arbeitgebern und dem Zentralverband ein Tarifvertrag geschlossen wurde, der den Kellnern *wahlweise* neben dem Bedienungsgeld mit Garantielohn die Entlohnung durch Annahme von Trinkgeld gestattet. In Deutschland herrscht das

Bedienungsgeld allerdings vor, in der Schweiz dagegen das Trinkgeldsystem [1]). Unter „Trinkgeld" versteht man eine rechtlich nicht zu beanspruchende Vergütung für eine Dienstleistung [2]). Auf die Rechtsnatur des Trinkgeldes wird im Folgenden näher einzugehen sein.

1. Die juristische Natur des Trinkgeldes ist umstritten. Man empfindet das Trinkgeld als lästige Beigabe, fühlt sich aber zu seiner Entrichtung durch die moralische Zwangsgewalt des öffentlichen Herkommens gewissermaßen verpflichtet. Durch diese Zwangsgewalt ist das Trinkgeld in der Gesellschaft zur Sitte geworden. Vor allem ist mit Ihering [2]) die Unwirtschaftlichkeit des Trinkgeldes zu rügen; es enthält eine Vergütung für etwas, was man bereits bezahlt oder zu bezahlen nicht unbedingt nötig hat, und seine Höhe steht oft in gar keinem Verhältnis zum Wert der Leistung. Der Grund des Trinkgeldgebens entspringt sicher dem Egoismus. Das ursprüngliche Motiv war nicht Wohlwollen, Menschenfreundlichkeit, Billigkeit, sondern Eigennutz; der Mann, der das erste Trinkgeld gab, bezweckte etwas für sich damit [3]).

2. In der Literatur wird das Trinkgeld teils als wahre Schenkung, teils als remuneratorische Schenkung oder auch als Gegenstand eines arbeitsrechtlichen Schuldverhältnisses angesehen. Handelt es sich im konkreten Fall um ein wirkliches Trinkgeld, dessen Gewährung und Höhe lediglich in das Belieben des Gastes gestellt ist, so haben wir es mit einer Vergütung für Dienstleistungen zu tun, für die der Leistende nichts fordern darf; es ist eine völlig freie Gabe und wird deshalb nicht Gegenstand rechtlichen Zwanges sein können. Es fragt sich, ob man es als eine wahre Schenkung ansehen kann.

Eine Schenkung setzt notwendig Einigkeit des Gebers und des Empfängers über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung voraus (§ 516 BGB.). Unentgeltlich ist die Zuwendung, bei der der Vermehrung des Vermögens keine Gegenleistung gegenübersteht [4]). Es kommt darauf an, ob im Einzelfall beide Teile über die Unentgeltlichkeit einig sind. Die Bezahlung des Gastes ist nicht als Gegenleistung für die Tätigkeit des Kellners anzusehen. Diese entspringt dem zwischen Wirt und Kellner bestehenden Vertragsverhältnis. Der Gast entrichtet lediglich seinen Kaufpreis für die von ihm beim Wirt bestellten Speisen und Getränke. Bezahlt er mehr, so will er, sei es aus Gefälligkeit, sei es aus Dankbarkeit, jedenfalls unentgeltlich, diesen Mehrbetrag dem Kellner zuwenden. Das Erfordernis der Unentgeltlichkeit scheint also gegeben

---

[1]) Glücksmann, S. 283 ff., 291.
[2]) Ihering, Das Trinkgeld S. 14 ff.
[3]) Ihering a. a. O. S. 27.
[4]) Oertmann zu § 516 BGB.

zu sein. Im übrigen sieht sich der Gast selten freiwillig zur Hingabe eines Trinkgeldes veranlaßt. Will er überhaupt schenken, dann sicher, um, wenn auch nicht gerade einer sittlichen Pflicht, so doch einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht zu entsprechen. Der Gast handelt gewissermaßen unter einem Zwang, und diesen Zwang legt ihm die Gesellschaft durch die moralische Gewalt der öffentlichen Meinung auf. Er wird sich der gerade im Restaurationsbetrieb stark ausgebildeten Trinkgeldsitte kaum entziehen können. Deswegen darf man jedoch nicht von einer rechtlichen Erzwingbarkeit sprechen. Das Trinkgeld trägt also das Gepräge der Schenkung, mag man es als Anstands- oder als remuneratorische Schenkung bezeichnen wollen.

Auch die remuneratorische oder belohnende Schenkung, deren Begriff dem Bürgerlichen Gesetzbuch an und für sich fremd ist, ist Schenkung; auch sie erfordert Einigkeit der Beteiligten über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung. Die geleisteten Dienste des Kellners sieht der Gast zwar als Beweggrund für die Zahlung eines Trinkgeldes an; es spricht bei dem Gast aber ein Anstandsgefühl mit, dem durch eine freie Gabe genügt werden soll, und schließlich wird die Gabe vom Kellner in demselben Sinne angenommen; unter solchen Voraussetzungen wird man aber von einer Schenkung reden müssen [1]).

Salomon sieht in seiner Abhandlung über die juristische Natur des Trinkgeldes [2]) in der Hingabe des Trinkgeldes einen „Arbeitsvertrag", es sei denn, daß das Trinkgeld aus Gefälligkeit gewährt würde. Der Vertrag würde zu einem Arbeitsvertrag durch Hingabe und Annahme der Entlohnung; hier sei die Dienstleistung nicht Veranlassung, sondern Ursache oder Zweck. Ich glaube kaum, daß man dieser Ansicht beitreten kann. Bedeutet Trinkgeld eine Gabe für eine Arbeitsleistung, ist diese also Grund oder Zweck, so handelt es sich nicht mehr um „Trinkgeld" im eigentlichen Sinne. Dieses Entgelt ist Lohn und nichts weiter. Ein Arbeitsvertrag setzt einen gegenseitigen obligatorischen Vertrag voraus, in dem die Vertragsschließenden die Leistung von Arbeit durch den einen und die Leistung von Entgelt durch den anderen vereinbaren [3]). Der Gast betrachtet jedoch die Gabe eines Trinkgeldes nicht als Erfüllung eines Arbeitsvertrages, sollte dieser Vertrag auch stillschweigend geschlossen werden können, sondern als völlig freie Gabe, gewissermaßen als ein dem Anstandsgefühl entsprechendes Entgelt, das, wie oben erwähnt, die Hauptmerkmale der Schenkung zeigt.

3. Von einem Trinkgeld kann nicht mehr die Rede sein, wenn dieses reinen Lohncharakter trägt. Oft versteckt sich unter der Bezeichnung „Trinkgeld" ganz zweifelsfrei „Lohn." Nicht

---

[1]) RGZ. Bd. 94 S. 324.
[2]) Grünhut Ztschr. Bd. 41 S. 627 ff.
[3]) Lotmar, Der Arbeitsvertrag, S. 32.

selten wird auch eine Leistung gegen ein „Trinkgeld" vereinbart. Sofern hier nicht aus den Umständen zu entnehmen ist, daß die Belohnung gänzlich in die Willkür des Versprechenden gestellt werden sollte, besteht hier eine „Zahlungspflicht" [1]). Für die Höhe, die oft unbestimmt bleibt, wird, wenn nicht § 612 BGB. so doch allgemein § 315 BGB. maßgebend sein. Innerhalb des Rahmens eines billigen Ermessens kann ein Abweichen von der nach § 612 BGB. maßgebenden Taxe oder dem üblichen Lohn nach unten oder oben begründet sein. Lohncharakter trägt auch eine Vereinbarung, Inhalts deren sich z. B. ein Kutscher neben dem Preis für die Fahrt noch ein bestimmtes Trinkgeld ausbedingt. Die Benennung des einen kleineren Teils als Trinkgeld weist nur auf die Tatsache hin, daß dieser Teil des Lohnes ursprünglich als freie Gabe hinzugefügt wurde. Juristisch gesprochen liegt jedenfalls in diesen Fällen Lohn und nicht Trinkgeld vor.

Lohnmerkmale hat m. E. auch der immer allgemeiner werdende 10%ige Bedienungsaufschlag. Die Bemessung des Bedienungsgeldes ist in den Lokalen, die es eingeführt haben, nicht mehr gänzlich in die Willkür der Gäste gestellt. Eine Schuldverbindlichkeit wird unbestreitbar stets dann begründet, wenn der Gast durch Vermerk auf der Karte „Preise verstehen sich zuzüglich 10% für Bedienung" oder sonstige Bekanntgabe auf die Verpflichtung zur Zahlung eines Bedienungsgeldes aufmerksam gemacht ist. Hier benennt man einen kleineren Teil des Preises für die Speisen als Bedienungsgeld. Juristisch erhält der Kellner in diesem Falle das Ganze als Vergütung [2]).

Aus einer Kammergerichtsentscheidung vom 24. November 1921 [3]) geht im übrigen hervor, daß man bestrebt ist, die regelmäßige Befolgung dieser Sitte als bindende Regel anzuerkennen.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der vom Kellner verklagte Gast hatte nachts in einer „Diele" in Groß-Berlin für alle Gäste 30 Flaschen Sekt, Zigarren und Zigaretten zum Gesamtpreis von 1981 Mark bestellt und mit den übrigen Gästen verzehrt. Der Gast behauptete u. a., der Kaufvertrag sei nichtig, weil er durch in den Sekt geschüttetes Kokain betäubt gewesen sei und es sich um einen verbotenen Nachtbetrieb gehandelt habe. LG. und KG. haben den Beklagten zur Zahlung verurteilt. Aus den Gründen interessieren hier nur die Ausführungen über das „Trinkgeld". Es heißt darüber wörtlich: „Wer eine Wirtschaft betritt und dort Bestellungen macht, unterwirft sich stillschweigend den dort üblichen Bedingungen für die Heranschaffung der Getränke, Speisen usw. Ein Zuschlag von 10 v. H. zu den Preisen der bestellten Waren, der gemeinhin Trinkgeld genannt wird, war

---

[1]) Planck zu § 612,4 BGB.
[2]) RAG. in JW. 1930 S. 432.
[3]) LZ. 1922 S. 34.

damals in Groß-Berlin üblich". Es wird dann ferner ausgeführt: „Wenn dem Beklagten der sogenannte Trinkgeldzuschlag auch bei dem Preis für die von ihm zerschlagenen Weingläser in Rechnung gestellt wurde, so sei das nicht zu billigen. Es handele sich um einen Schaden, der dem Inhaber als Eigentümer des Wirtschaftsinventars zugefügt sei. Erstattet zu werden brauche hier nur der gemeine Wert. Hierzu noch den Zuschlag von 10 v. H. anzusetzen, dazu fehle es an einer gesetzlichen Grundlage. Ein dahin gehendes Gewohnheitsrecht habe sich in Groß-Berlin noch nicht gebildet."

Nach diesen Ausführungen würde eine Pflicht zur Zahlung des Bedienungsgeldes in allen Fällen Platz greifen; doch scheint mir diese Annahme einer Rechtsgrundlage zu entbehren; sie ließe sich nur unter Berufung auf ein Gewohnheitsrecht, das in seiner Kraft dem Gesetze gleich steht, rechtfertigen. Gewohnheitsrecht erfordert: „consuetudo", d. i. dauernde Uebung, und „opinio necessitatis" d. i. der Rechtswille, eine bindende Regel zu verwirklichen, indem man sie durchsetzt oder ihr gehorcht. Diese Voraussetzungen sind bei der Sitte oder Unsitte des Trinkgeldes zweifellos nicht erfüllt, denn Gewohnheiten, die nur aus Wohlwollen, Anstandsgefühl, eingewurzelter Gesetzwidrigkeit oder aus bloßer Gewöhnung entspringen, begründen kein Gewohnheitsrecht [1]). Ich halte daher eine Pflicht des Gastes zur Entrichtung eines Bedienungsgeldes nur dann für begründet, wenn er auf irgend eine Weise darauf aufmerksam gemacht wird, daß zu den in der Karte verzeichneten Preisen ein Aufschlag hinzukommt, oder wenn diese Regelung so allgemein bekannt und ortsüblich ist, daß man ihre Kenntnis bei jedem voraussetzen darf.

Die Verpflichtung zur Zahlung besteht allerdings nur in der bekanntgemachten oder üblichen Höhe, d. h. also im allgemeinen in Höhe von 10%. Die bei den Kellnern oft anzutreffende Uebung, das Bedienungsgeld auf eine durch 5 teilbare Summe nach oben zu runden, entspringt einer reinen Willkür und läßt sich rechtlich nicht stützen.

4. Es erhebt sich nun die Frage, ob in den Fällen, in denen der Gast zur Zahlung des Bedienungsgeldes verpflichtet erscheint, dieser Anspruch allein den Kellnern zusteht! Solche Annahme setzt den Abschluß eines d o p p e l t e n Vertrages voraus, eines Vertrages, auf Lieferung von Speisen und Getränken mit dem Gastwirt und eines besonderen Bedienungsvertrages mit dem Kellner. Nach der Verkehrsanschauung kommt für den Gast ein d o p p e l t e r Vertragsschluß n i c h t in Betracht. Der Gast will vertraglich nur mit dem Wirt zu tun haben und sieht den Kellner als dessen Erfüllungsgehilfen an. Würde man den Anspruch auf Bedienungsgeld von dem auf die Kaufpreisforderung trennen, ergebe sich die seltsame Folge, daß der Gast wegen etwaiger ihm durch die

[1]) Enneccerus I, 1 S. 81.

„Bedienungstätigkeit" zugefügter Schäden nur den Kellner belangen könnte, nicht den Wirt. Der Gast könnte z. B. wegen mangelhafter Bedienung — der Kellner beschädigt die Speisen und verschüttet die Getränke — nur den Kellner in Anspruch nehmen, da ja der Wirt seiner Leistungspflicht nachgekommen ist. Daher kommt für den Gast unzweifelhaft nur ein einheitlicher, auf Lieferung der Waren nebst Bedienung gerichteter Vertrag mit dem Wirt in Frage [1]), und es erwächst dem Kellner kein eigener Anspruch gegen den Gast auf Zahlung eines Bedienungsgeldes.

Ebenso erscheint es gekünstelt, wenn man einen eigenen Anspruch des Kellners auf Bedienungsgeld mit der Möglichkeit eines Vertrages zugunsten Dritter begründen wollte, den der Wirt dann wegen des Aufgeldes zugunsten des Kellners mit dem Gast abschlösse. Zur Eingehung eines derartigen Vertrages, durch den bestimmt wird, daß die für die Gesamtleistung des Wirtes zu bewirkende Gegenleistung des Gastes zwei verschiedenen Personen zustehen soll, bedarf es eines genügend erkennbaren Willens. Solche Absicht kann man nicht ohne weiteres unterstellen, zumal da die Verkehrsauffassung in der Bedienung einen Teil der Leistung des Wirtes erblicken wird. Der Preis für Speisen und Getränke, einschließlich Bedienung, ist also ein einheitlicher dem Wirt zustehender Anspruch, dessen Auswirkung, wie oben dargelegt, der Wirt dem Kellner in Form der Ermächtigung meist überläßt.

Zu gleichem Ergebnis kommt auch das Landgericht Hamburg in seinem Urteil II Z. K. 462/25 vom 21. Oktober 1925 [2]). Das Urteil führt dann aber aus: „Auf Grund der innervertraglichen Vereinbarungen hat der Wirt lediglich ein Anrecht auf Auskehrung des für die Waren erlösten Preises. Eine Forderung auf Herausgabe der Zuschläge ist aber für ihn nie entstanden. Der Anspruch auf Gestattung der Einziehung und Vorwegnahme der eingegangenen Prozente ist die Vergütung, die der Kellner in dem bestehenden Dienstvertrag, an dessen Natur nichts weiter geändert ist, erhält".

Diese Ausführungen geben insofern zu Zweifeln Anlaß, als man aus ihnen entnehmen könnte, daß für den Wirt ein eigener Anspruch auch auf Herausgabe der Zuschläge nie entstände. Dies trifft jedoch keinesfalls zu. Die Forderung des Wirts ist sowohl für das Außen- wie für das Innenverhältnis in jeder Beziehung einheitlich [3]).

Wenn der Kellner gleichwohl das von ihm eingenommene Bedienungsgeld nicht an den Wirt auszahlt, sondern es als die ihm zustehende Vergütung behält, so bedeutet dies rechtlich nur ein Erlöschen der beiden Verbindlichkeiten durch Aufrechnungsvertrag [4]).

[1] Münzel in Jur. Rdschau 1927 Nr. 19
[2]) Abgedr. in den Deutschen Hotelnachrichten vom 8. II. 1926
[3]) Münzel, a. a. O.
[4]) RAG in JW 1930 S. 432

Der Kellner muß den Zuschlag ebenso wie die sonstigen Gelder, die er für den Wirt empfangen hat, an diesen abliefern (§§ 667, 675 BGB.). Der Wirt tilgt seine Lohnschuld dadurch, daß er dem Kellner die von diesem eingezogenen Gelder in Höhe des Bedienungszuschlags beläßt, während umgekehrt der Kellner zum gleichen Betrage von seiner Pflicht befreit wird, das zu erstatten, was er aus seiner Geschäftsführung für den Wirt erlangt hat[1]).

Dieser Auffassung steht nicht etwa, wie Jacobs[2]) meint, die Vorschrift der §§ 394 BGB., 2 II Lohnbeschlagnahmegesetz entgegen, da der Wirt hinsichtlich des Lohnanspruchs des Kellners nicht als „Gläubiger" im Sinne des § 1 Lohnbeschlagnahmegesetz anzusehen ist. Der Aufrechnungsvertrag zwischen Kellner und Wirt bedeutet vielmehr eine Vereinbarung, die lediglich dem Vorteil des Kellners dient, indem sie dessen Lohnanspruch verwirklicht. Insoweit stellt der Aufrechnungsvertrag auf Seiten des Kellners keineswegs eine rechtsgeschäftliche Verfügung über seinen Lohnanspruch dar, die nach § 2 Abs. 2 Lohnbeschl. Ges. ohne rechtliche Wirkung wäre. Das Lohnbeschlagnahmegesetz, das allein den Schutz des Arbeitnehmers im Auge hat, greift für den vorliegenden Fall nicht ein. Die Kaufpreisforderung, einschließlich des 10%igen Aufschlages, steht also als einheitlicher Anspruch dem Wirt zu, wird aber durch Aufrechnung mit einem Gegenanspruch, dem Lohnanspruch des Kellners, teilweise getilgt.

Die rechtliche Natur des vom Wirt an den Kellner zu zahlenden Lohnes ändert sich nicht durch das jeweils verschiedene Abrechnungs- und Berechnungsverfahren; denn es macht keinen Unterschied, ob dem Kellner ein gewisses Mindesteinkommen garantiert wird, oder ob er auf einen verhältnismäßig geringen festen Lohnbetrag angewiesen ist und den übrigen Verdienst aus dem Bedienungsgeld zieht. Gerade die letzte mitunter anzutreffende Art der Abrechnung läßt nur noch deutlicher die Auffassung von einem gegen den Wirt bestehenden Lohnanspruch zum Ausdruck kommen. Auch kann die rein tatsächliche Verschiedenheit in der Entlohnung, ob eine Garantiesumme oder eine andere Berechnung gewählt ist, rechtlich zu keiner verschiedenen Würdigung führen. Lediglich eine Art des Lohnberechnungsverfahrens bedeutet auch die Einrichtung des sogenannten Tronc- und Serviersystems, deren Unterschied sich in der Art der Verteilung auswirkt. Bei dem Troncsystem werden die für den Gesamtbetrieb eingenommenen Bedienungsgelder unter die Kellner gleichmäßig verteilt. Bei dem Serviersystem gehören dagegen die Bedienungsgelder den einzelnen Serviekellnern[3])

---

[1]) RAG. a. a. O.
[2]) Jacobs, Jur. Rdsch. 1929 S. 71.
[3]) RAG. in Jur. Rdsch. 1929 Nr. 19.

5. Die dem Kellner zustehende Lohnsumme verringert sich um einige gesetzliche Abzüge, nämlich die Lohnsteuer sowie die Beiträge zur Invaliden-, Kranken- und Arbeitslosenversicherung, die sämtlich durch Einbehaltung vom Lohn erhoben werden. Für die Zahlung der Lohnsteuer ist das Einkommensteuergesetz vom 10. August 1925 (RGBl. S. 189) nebst Abänderungsgesetzen maßgebend. Die Verpflichtung zur Einbehaltung der Steuerabzüge und zur Duldung der Einbehaltung ist öffentlich-rechtlicher Natur [1]). Der Kellner kann als Arbeitnehmer in einem wegen des Lohnbezuges sich u. a. ergebenden Rechtsstreit stets den „vollen" Lohnbetrag geltend machen, ohne Rücksicht auf den als Steuer einzubehaltenden Betrag. Der zur Zahlung ohne Einschränkung verurteilte Arbeitgeber genügt seiner Zahlungspflicht, wenn er den bei dem Steuerabzug entfallenden Teil einbehält und ihn an die Finanzkasse abführt und nur den darüber hinausgehenden Teil unmittelbar an den Kellner auszahlt [2]).

Die Invaliden-, Kranken- und Arbeitslosenversicherung erfassen den Kellner im Wege der Zwangsversicherung. Die Zahlungspflicht für die Pflichtversicherten trifft in der Regel den Arbeitgeber. Beitragspflichtig sind bei der Invaliden- und Arbeitslosenversicherung je zur Hälfte die Arbeitgeber und die Versicherten, die sich entsprechende Lohnabzüge gefallen lassen müssen. Die Mittel für die Krankenversicherung werden durch je nach Hundertsteln des Grundlohnes bemessene Beiträge, und zwar zu 2/3 von den Versicherungspflichtigen und zu 1/3 von den Arbeitgebern aufgebracht. Die Höhe der Beiträge richtet sich nach der Höhe des Arbeitseinkommens und nach der Art der zumeist hierfür eingerichteten Lohnklassen [3]).

---

[1]) Gutachten des RFH. Bd. 21 S. 84.
[2]) Vgl. RFH. Bd. 15 S. 243.
[3]) §§ 380 ff. und 1245 RVO. und § 145 d. Ges. über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung.

§ 7.

Der Kellner und die Unfallversicherung.

Die Organisationen der Kellner waren um die Unvallversicherungspflicht ihrer Mitglieder lange Zeit vergeblich bemüht. Erst durch die Einfügung des § 539 a [1]) in die Reichsversicherungsordnung ist die Unfallversicherung größtenteils auch auf ihren Beruf ausgedehnt worden. Bislang hing die Entscheidung der Frage, ob auch die auf das Bedienen der Gäste gerichtete Tätigkeit der Kellner versicherungspflichtig sei, vornehmlich davon ab, ob sie als „Behandlung oder Handhabung der Ware" im Sinne des § 537 Abs. 1 Nr. 11 RVO. anzusehen war [2]). Diese Frage, die auch noch nach der Aenderung der Reichsversicherungsordnung für die Kellner von großer Bedeutung ist [3]), hat der große Senat des Reichsversicherungsamts verneint [4]).

Es handelte sich um folgenden Sachverhalt: X. war in dem Gast- und Konzerthaus „Wappenhof" in B. als Kellner angestellt. Dieser Betrieb war mit seiner Kochküche sowie dem Lagerungs- und Beförderungsbetrieb bei der Nahrungsmittelindustrieberufsgenossenschaft versichert. X. erlitt dadurch einen Unfall, daß er bei dem Bedienen der Gäste hinstürzte und sich einen Kniescheibenbruch zuzog. Die gesamte Berufsgenossenschaft lehnte seinen Entschädigungsanspruch durch Bescheid und Endbescheid ab, weil die Tätigkeit der bedienenden Kellner nach den Vorschriften der RVO. nicht versichert sei. Die Berufung gegen den Endbescheid hatte keinen Erfolg. Der Rekurs wurde zurückgewiesen.

---

[1]) Vgl. Ausführungen S. 41 der Arbeit.

[2]) § 537 Abs. 1 Nr. 11 RVO. lautet: Der Versicherung unterliegen Betriebe zur Behandlung und Handhabung der Ware, wenn sie mit einem kaufmännischen Unternehmen verbunden sind, das über den Umfang des Kleinbetriebes hinausgeht.

[3]) Kellner können auch in Betrieben tätig sein, die den Voraussetzungen des § 539 a RVO. nicht genügen.

[4]) Entscheidung und Mitteilung des RVA., Bd. 14 (1923) S. 108.

Die Begründung dieser Entscheidung ist wenig überzeugend. Das Reichsversicherungsamt führt selbst aus, daß der Begriff der „Behandlung und Handhabung der Ware", wörtlich genommen, auch die Tätigkeit der Kellner umfasse. Es heißt dann aber weiter, die seitherige Rechtsprechung habe sich auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt. Maßgebend dafür bleibe der Bericht der 16. Reichstagskommission über den Entwurf einer Reichsversicherungsordnung (3. Teil S. 7 und 14). Aus diesem Bericht sei zu entnehmen, daß der Gesetzgeber die Kellnertätigkeit nicht der Unfallversicherungspflicht unterstellen wolle. Ob dieser Schluß aus dem Kommissionsbericht zwingend sei, könne zweifelhaft bleiben. Vielleicht ginge die Absicht des Gesetzgebers dahin, die Kellnertätigkeit schlechthin nicht versichert sein zu lassen.

Die Gründe dieser Entscheidung lassen m. E. jede Schlüssigkeit vermissen.

Es sollte keinem Zweifel unterliegen, daß das Einschenken der Getränke und das Hineinbringen der Speisen und Getränke an den Platz des Gastes in dem kaufmännischen Unternehmen des Wirts nicht nur tatsächlich sondern auch rechtlich als „Behandlung und Handhabung der Ware" im Sinne des § 537 Abs. 1 Nr. 11 RVO. anzusehen ist. Eine andere Auslegung dieses Begriffes erscheint willkürlich, ist jedenfalls durch keine stichhaltigen Gründe sachlich gerechtfertigt. Ueberhaupt führt der Standpunkt des Reichsversicherungsamts zu einem ganz unbefriedigenden Ergebnis. Wissel[1]) macht u. a. mit Recht auf die sich eigenartig gestaltende Rechtslage in dem Erfrischungsraum irgend eines der großen Warenhäuser aufmerksam. Alle Verkäufer und Verkäuferinnen in ihm sind bei der Verkaufstätigkeit gegen Unfall versichert. Soll die Verkäuferin, die in den Erfrischungsraum gestellt ist, dort das Bier einschenkt und an den am Schanktisch stehenden Kunden abgibt, nur um deswillen nicht gegen Unfall versichert sein, weil es sich zweifellos um eine Gastwirtstätigkeit handelt, nur weil sie nicht, wie ihre Kollegen, Spitzen oder Stahlfedern an den Kunden verabfolgt?

Dieser alltägliche Fall allein zeigt zur Genüge, wie eng die Rechtssprechung den Begriff der „Behandlung und Handhabung der Ware" gefaßt hat, und wie wenig diese Auffassung den tatsächlichen Verhältnissen gerecht wird.

In der Praxis entstand so der merkwürdige Zustand, daß einzelne Teilbetriebe des Gaststättenwesens bei verschiedenen Berufsgenossenschaften mit verschiedenen Unfallverhütungsvorschriften versichert sein konnten, z. B. bei der Lagereiberufsgenossenschaft für die Kellereibetriebe, bei der Nahrungsmittelindustriegenossenschaft für die Küchenbetriebe, ohne daß der Gesamtbetrieb als solcher wirklich versichert war[2])

[1]) Wissel in Monatsschrift für Arbeit und Angestelltenversicherung 1916 S. 294 ff.

[2]) Glücksmann a. a. O. S. 369.

Gewisse Abhilfe kam erst durch das 3. Gesetz über Aenderungen in der Unfallversicherung vom 20. Dezember 1928 (RGBl. I S. 408), durch dessen Art. 3 mit Wirkung vom 1. Juli 1928 der § 539 a eingefügt wurde [1]). Die Kellner sind also nunmehr nach Maßgabe dieser Vorschrift gegen Unfall versichert. Für die Kellner allerdings in Gast- und Schankwirtschaften, mit denen ein versicherter Küchenbetrieb oder ein versicherter Betrieb zur Behandlung und Handhabung der Ware nicht verbunden ist, bewendet es bei den vorher erörterten Grundsätzen [2]). Die Bedienungstätigkeit dieser Gruppe von Kellnern fällt nach wie vor nicht unter die Unfallversicherung.

Wegen der Zuständigkeit der für die Versicherung der Kellner in Betracht kommenden Berufsgenossenschaften bestimmt die Verordnung über die Träger der Unfallversicherung vom 17. Mai 1929 (RGBl. I S. 104) A. VI Abs. 1 folgendes: Das Bedienen der Gäste in Gast- und Schankwirtschaften (§ 539 a RVO.) ist bei der Berufsgenossenschaft für den Einzelhandel versichert, wenn der Betrieb zur Behandlung und Handhabung der Ware bei dieser Berufsgenossenschaft versichert ist; sonst ist die Nahrungsmittelindustrieberufsgenossenschaft für die Versicherung des Bedienens zuständig.

---

1) Wortlaut des § 539 a RVO.: Wenn bei einer Gast- und Schankwirtschaft der Küchenbetrieb oder der Betrieb zur Behandlung und Handhabe der Ware nach den §§ 537 bis 539 der Unfallversicherung unterliegt, erstreckt sich die Versicherung auch auf das Bedienen der Gäste.

2) Schulte-Holthausen, Unfallversicherung, Anm. 62 zu § 537 RVO.

§ 8.

Möglichkeit einer Lohnpfändung gegen Kellner, die auf Bedienungsgeld angestellt sind.

Vorhergehend (§ 6,4) wurde festgestellt, daß dem Kellner kein eigener Anspruch auf Bedienungsgeld gegen den Gast zuerkannt werden kann. Infolgedessen muß auch die Möglichkeit einer Lohnpfändung, die sich gegen das Bedienungsgeld richtet, bejaht werden. Es unterliegt m. E. keinem Zweifel, daß der „Lohncharakter" des Bedienungsgeldes gewahrt bleiben muß. Der Wirt darf, was für die durch das Lohnbeschlagnahmegesetz privilegierten Gläubiger von großer Bedeutung ist, Pfändungsansprüche gegen einen nur auf Bedienungsgeld angestellten Kellner nicht unbeachtet lassen.

Eine bevorzugte Stellung bei der Lohnpfändung genießen die persönlichen Steuern und Abgaben sowie die Unterhaltungsansprüche der Verwandten, Ehegatten und unehelichen Kinder. Handelt es sich nämlich um die Beitreibung von persönlichen Steuern und Kommunalabgaben für Rückstände aus den letzten drei Monaten und von Unterhaltsbeiträgen des Ehegatten, der Verwandten und der unehelichen Kinder für die Zeit nach Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkt vorausgehende letzte Vierteljahr, so ist der gesamte Lohn ohne jede Einschränkung der Pfändung unterworfen. Bei Unterhaltsansprüchen der unehelichen Kinder muß jedoch dem Schuldner soviel belassen werden, als er zur Bestreitung des notdürftigen Unterhaltes für sich und seine Familie braucht (§ 850 Abs. 4 ZPO.). Es dreht sich also im wesentlichen um das Pfändungsrecht der Ehefrau, der ehelichen und unehelichen Kinder. Andere Pfändungen werden sich bei den Kellnern weniger kraß auswirken, weil fremde Gläubiger auf Grund der Novelle zum Lohnpfändungsgesetz vom 27. Februar 1928 (RGBl. I S. 45) — in Kraft seit 1. April 1928 — nur zwei Drittel des den monatlichen Betrag von 195 *RM* übersteigenden Dienstlohnes in Beschlag legen können. Die Verneinung der Pfändbarkeit würde es gerade der Ehefrau, den ehelichen und unehelichen Kindern schlechthin unmöglich machen, ihre berechtigten Unterhaltsansprüche durchzusetzen und die Kellner im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern insofern begünstigen, als sie ihnen ungeachtet ihrer Unterhaltspflicht den ungeschmälerten Genuß des häufig gerade hier großen Verdienstes sicherte.

Die Rechtslage bei einer Lohnpfändung gegen auf Bedienungsgeld angestellte Kellner ist nun folgende: Der Kellner muß sich gemäß § 829 ZPO. jeder Verfügung über die Forderung in der gepfändeten Höhe enthalten. Die Verwendung des Lohnanspruches zur Aufrechnung gegen den Wirt hat man als solche Verfügung anzusehen. § 829 ZPO. verbietet weiterhin dem Wirt als Drittschuldner, an den Kellner zu zahlen, d. h. die Verwendung seiner Forderung zur Aufrechnung des Kellners zuzulassen. Die Pfändung des Lohnes erfolgt nicht durch den Gerichtsvollzieher, sondern durch einen Beschluß des Amtsgerichtes (Vollstreckungsgerichtes). In dem

Beschluß weist das Amtsgericht die Person, bei der der Schuldner in Stellung ist, an, den beschlagnahmten Teil des Dienstlohnes nicht mehr an den Schuldner, sondern an den Pfändungsgläubiger zu entrichten. Die Pfändung bewirkt also, daß der Gastwirt in Höhe des gepfändeten Betrages auf der wirklichen Ablieferung des Bedienungsgeldes durch den Kellner an ihn bestehen muß. Zahlt er den gepfändeten Betrag an den Gläubiger nicht, so kann dieser ihn auf Zahlung verklagen.

Für die nicht bevorzugten Gläubiger ist, wie bereits erwähnt, der Dienstlohn der Kellner bei Auszahlung für Monate bis zur Summe von 195 *RM* monatlich, bei Auszahlung für die Woche bis zur Summe von 45 *RM* wöchentlich und bei Auszahlung für Tage bis zur Summe von 7,50 *RM* täglich unpfändbar. Soweit der Lohn diese Beträge übersteigt, ist ein Drittel des Mehrbetrages der Beschlagnahme nicht unterworfen. Zwei Drittel des Mehrbetrages sind also pfändbar. Bei einem Dienstlohn von monatlich 195 *RM* und weniger erhalten die Gläubiger nichts. Bezieht demnach der Kellner einen Dienstlohn von 220 *RM* [1]), so ist der Grundbetrag von 195 *RM* beschlagnahmefrei, während von dem Mehrbetrag von 25 *RM* zwei Drittel: 16,67 *RM* dem Zugriff der Gläubiger unterliegen. Beträgt der Dienstlohn 350 *RM* [2]), so können monatlich 350 *RM* weniger 195 *RM* = 155 RM. geteilt durch 2/3 = 103,33 *RM* von den Gläubigern gepfändet werden.

Hat der Kellner seinem Ehegatten, früheren Ehegatten, Verwandten (z. B. Eltern oder unehelichen Kindern) oder einem unehelichen Kinde Unterhalt zu gewähren, so erhöht sich der unpfändbare Teil des Mehrbetrages für jede Person, der Unterhalt zu gewähren ist, um ein Sechstel, jedoch höchstens auf zwei Drittel des Mehrbetrages [3]). Hat beispielsweise der Kellner bei einem Dienstlohn von 350 *RM* seine Frau und zwei Kinder zu unterhalten, so sind der Grundbetrag von 195 *RM* und ein Drittel des Mehrbetrages von 155 *RM* = 51,67 *RM* der Pfändung nicht unterworfen, außerdem würde für die Ehefrau und zwei Kinder je ein Sechstel des Mehrbetrages = 3 6 von 155 *RM* = 77,50 *RM* der Beschlagnahme entzogen sein. Da jedoch der unpfändbare Teil zwei Drittel des Mehrbetrages, also hier 2/3 von 155 *RM* = 103,33 *RM* nicht überschreiten darf, so verbleiben dem Kellner für sich und seine Familie im ganzen 195 *RM* + 103,33 *RM* = 298,33 RM., während die Gläubiger sich mit dem Betrag von 51,67 *RM* begnügen müssen. Ist die Ehe des Kellners kinderlos, so sind bei einem Monatsdienstlohn von 350 *RM* für ihn 195 *RM* + 51,67 *RM* (1/3 von 155 *RM*) und für seine Ehefrau noch 25,83 RM. (1/6 von 155 *RM*), also zusammen 272,50 *RM* beschlagnahmefrei, so daß der Gläubiger 77,50 *RM* behielte.

[1]) Garantielohn für einen Berliner Zimmerkellner in Hotels über 150 Betten (Tarifvertrag vom Oktober 1927).

[2]) Garantielohn für einen Oberkellner im Breidenbacher Hof und Parkhotel Düsseldorf (Tarifvertrag vom Mai 1927).

[3]) § 1 Abs. 2 Lohnpfändungsverordnung vom 25. 6. 19., RGBl. S. 589 mit späteren Abänderungen.

§ 9.

Der Kellner als Dienstpflichtiger des Wirtes.

1. An der Rechtsnatur des zwischen Wirt und Kellner bestehenden Dienstvertrages ändert sich nichts weiter dadurch, daß die Vergütung aus ihm in dem Anspruch des Kellners auf Einziehung und Vorwegnahme des Bedienungsgeldes besteht. Als Vergütung kann nicht nur eine Geldleistung, sondern auch jede andere Gegenleistung vereinbart werden. Wir haben es also mit einem gegenseitigen Vertrag zu tun, nach dem der eine Teil zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ist. Die Pflichten des Kellners beschränken sich nun nicht nur immer auf die bloße Ausführung der versprochenen Dienste. Oft hat sich der Kellner an unvermeidlichen Unkosten des Wirtshausbetriebes zu beteiligen, deren Bestreitung ausschließlich Sache des Wirtes sein sollte.

Es ist hier zunächst an die Erhebung eines sogen. „Bruchgeldes" von dem Kellner gedacht. Bei flottem Geschäftsgang wird in gastwirtschaftlichen Betrieben naturgemäß von den Kellnern, den Gästen oder in der Küche mancherlei Geschirr zerbrochen, ohne daß ein Schuldiger sogleich ermittelt werden kann. Die Haftung für diesen Bruch wird oftmals in der Gesamtheit den Kellnern aufgebürdet; der Unternehmer zieht täglich von den Kellnern eine bestimmte Pauschale ein, gleichgültig, ob etwas zerbrochen wurde oder nicht und überhebt sich auf diese Weise der Mühe, die eine Kontrolle des Bruches und das häufige Nachzählen des Inventars machen würde. Hat der Gast einen Bruchschaden verursacht, so wird ihm aus Geschäftsrücksichten häufig nichts abgenommen. Derartige Vereinbarungen, die den Kellner zur Entrichtung von Abgaben für Bruchschaden verpflichten, werden als rechtsungültig anzusehen sein; sie verstoßen gegen die guten Sitten und sind deshalb gemäß § 138 BGB. nichtig. Die Frage, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten, d. h. gegen die Sittlichkeit oder Moralgesetze vorliege, untersteht dem richterlichen Ermessen. Der Richter hat nach dem Sittlichkeitsgefühl aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen zu entscheiden[1]). Wohl erscheint es angebracht, den Kellner für vorsätzlich oder fahrlässig angerichteten Bruchschaden verantwortlich zu machen. Es darf ihm aber nicht die Verantwortung für jeglichen Geschirrschaden aufgelastet werden. Eine solche Vereinbarung ist unbillig; sie widerstreitet den guten Sitten. Es geht nicht, daß der Wirt seinen Kellner gewissermaßen als Versicherungsanstalt für Geschirrschaden betrachtet.

---

[1]) Enneccerus I, 1 § 178.

Aehnliches gilt vom „Putzgeld", dessen Erhebung damit gerechtfertigt wird, daß der Kellner von der Arbeit des Putzens, die er eigentlich selbst zu verrichten hätte, befreit wird. Es handelt sich insbesondere um das Gläserspülen, Putzen der Tabletts und dergleichen. Es mag dahingestellt bleiben, ob derartige Reinigungsarbeiten wirklich zu den Obliegenheiten des Kellners gehören; in der Regel werden sie vom Hauspersonal auszuführen sein, zu dessen Tätigkeit sie gehören. Die von den Kellnern etwa abzuführenden Putzgelder dienen also zur Begleichung eines Teils der Geschäftsunkosten, an denen der Kellner als Dienstpflichtiger des Wirtes nicht beteiligt sein sollte Solches Verlangen widerspricht ebenfalls den herrschenden sittlichen Anschauungen. Jedenfalls lassen sich Vereinbarungen, die den Kellner zur täglichen Abführung eines kleineren Betrages für Putzereien verpflichten, mit § 138 BGB. nicht in Einklang bringen. Soweit die Kellnerorganisation mit den Arbeitgeberverbänden Tarifverträge eingegangen sind, ist zumeist von vornherein bestimmt, daß Bruch- und Putzgelder nicht erhoben werden dürfen und überhaupt Abgaben, die den gesetzlichen Rahmen überschreiten, gleichviel welcher Art, unstatthaft sind.

Schon bei der Erörterung dieser Fragen zeigt sich der Vorteil des Zusammenschlusses und die bedeutendere Machtstellung einer Gesamtheit gegenüber den Einzelnen. Der Kellner, der als Einzelperson solchen Vereinbarungen zustimmt, befindet sich in einer Art Notlage; lehnt er die Sonderabgaben ab, so kann er die Stellung nicht erhalten, oder er muß sie wieder verlassen. In dieser Zwangslage fügt er sich einer Gepflogenheit, die darum nicht sittlicher wird, weil sie nun eben besteht. Dabei wird auch die Feststellung des Gerichtes, daß Abgaben der oben erwähnten Art den guten Sitten zuwiderlaufen, nicht von großem Nutzen sein. Anders gestalten sich die Verhältnisse bei bestehenden Tarifverträgen. Einzelarbeitsverträge sind insoweit unwirksam, als sie von der tariflichen Regelung abweichen[1]). Die Tarifbedingungen lassen sich vertraglich nicht beseitigen, sie wirken vielmehr auf das Einzelarbeitsverhältnis unmittelbar ein. Einzelne Arbeitnehmer können jedoch nie als Parteien eines Tarifvertrages auftreten. Tariffähigkeit besitzen nur ihre freien Vereinigungen, an denen der Kellner sich schon beteiligen muß, wenn er nicht ins Hintertreffen geraten will.

2. Das Arbeitsrecht greift überhaupt weitgehend in die durch das BGB. gegebene Regelung des Dienstvertrages ein. Das Arbeitsverhältnis wird zur Massenerscheinung und strebt nach Typisierung. Der frei vereinbarte Vertrag tritt mehr und mehr in den Hintergrund.

---

[1]) § 1 Abs. 1 der VO. über Tarifverträge in der Fassung vom 1. März 1928 (RGBl. I S. 47).

a) Die Vorschriften des § 620 BGB. über Endigung des Dienstverhältnisses werden z. B. durch das Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920 (RGBl. S. 147) erheblich beeinflußt. Arbeitnehmer können im Falle der Kündigung durch den Arbeitgeber binnen fünf Tagen nach der Kündigung aus bestimmten Gründen [1]) Einspruch erheben, der zunächst an den Betriebsrat geht und wenn dieser ihn für begründet erachtet, gleichwohl aber eine Verständigung mit dem Arbeitgeber binnen einer Woche nicht erreicht, zur endgültigen Entscheidung durch das Arbeitsgericht führt, das vom Betriebsrat oder Arbeitgeber binnen weiteren fünf Tagen anzurufen ist (§§ 84, 86 BRG.). Wird der Einspruch gegen die Kündigung für gerechtfertigt erklärt, so muß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wieder einstellen oder durch eine Abgeltungssumme entschädigen [2]). Die Höhe der Entschädigung bestimmt § 87 BRG. Unter Betriebsvertretung hat man eine gesetzliche Interessenvertretung der Arbeiterschaft eines Betriebes zu verstehen. Als Betrieb im Sinne des Gesetzes gelten alle Betriebe, Geschäfte und Verwaltungen des öffentlichen und privaten Rechtes (§ 9 BRG.). Dazu gehören also auch die Gastwirtschaften. Kellner sind Arbeiter im Sinne des § 11 BRG.

b) Die die Arbeitsverhältnisse des Kellners wesentlich beeinflussenden Tarifverträge haben im Gaststättengewerbe erst nach dem Kriege größere Bedeutung erlangt. Die Entwicklung des Umfangs der Tarifverträge seit dem Jahre 1919 ergibt sich aus folgender Zusammenstellung [3]).

Auf einen Tarifvertrag entfielen: am 1. Januar 1919 im Durchschnitt 14,63 Betriebe mit insgesamt 56,5 beschäftigten Personen, am 1. Januar 1926 dagegen 155,60 Betriebe mit insgesamt 1152,6 Personen.

Die Zahl der jährlich zustande gekommenen Tarifverträge hat sich dagegen verringert. Es wurden
im Jahre 1919 125 Verträge mit Wirkung für 1829 Betriebe,
im Jahre 1926 nur 80 Tarifverträge mit Wirkung für 12 448 Betriebe geschlossen.

Dieser zahlenmäßige Rückgang ist darauf zurückzuführen, daß an die Stelle vieler einzelner Ortstarife einige wenige Bezirkstarife getreten sind.

Das Streben der Gehilfenschaft im Gaststättengewerbe nach einem Reichstarif hat sich nicht verwirklicht. Die Kellner haben ihn nie gehabt [4]). Theoretisch wäre er in Form eines Manteltarifs möglich, doch stehen seiner praktischen Durchführung schier unüberwindliche Schwierigkeiten entgegen, die einmal in der Verschiedenartigkeit von Jahres- und Saisonbetrieben, ferner auch in der Form

[1]) Näheres siehe § 84, 1—4 BRG.
[2]) Bei Kündigung der Betriebsvertreter selbst kann sich unmittelbar eine Weiterbeschäftigungspflicht ergeben (BRG. §§ 96, 97).
[3]) Glücksmann a. a. O. § 4.
[4]) Glücksmann a. a. O. S. 346.

der Entlohnung zu erblicken sind. Aus diesem Grunde werden vornehmlich Bezirkstarife geschaffen und Landestarife angestrebt. Landestarife bestehen z. B. in Württemberg und Baden [1]).

α) Es soll nun an Hand des Tarifvertrages für das Hotel-, Restaurant- und Kaffeehausgewerbe für Düsseldorf und Umgebung vom 6. Mai 1927 [2]) auf die rechtlichen Besonderheiten einzelner Bestimmungen eines Tarifvertrags näher hingewiesen werden.

Der Tarifvertrag zerfällt in einen Manteltarif (A.) und in eine Lohntabelle (B.). Geregelt werden im ersten Teil: § 1 Geltungsbereich, § 2 Entlohnung, § 3 Arbeitszeit, § 4 Ueberstunden, § 5 Ruhezeit, § 6 Urlaub, § 7 Arbeitsvermittlung, § 8 Kündigung, § 9 Versicherungsbeiträge, § 10 Kost, § 11 Garderobe, Wäsche und Werkzeuge, § 12 Abgaben, Strafgelder, Putzarbeiten, § 13 Kaution, § 14 Lehrlinge, § 15 Betriebsvertretung, § 16 Tarifamt, § 17 Vertragsdauer.

Der Teil B dieses Vertrages beschäftigt sich vornehmlich mit genauen Angaben über die Höhe der Monatsgarantielöhne für das Bedienungspersonal, auf die hier im einzelnen nicht weiter einzugehen ist.

Der Tarifvertrag als solcher stellt juristisch mit seinen beiden Teilen, dem normativen und dem schuldrechtlichen, ein einheitliches Gebilde privatrechtlicher Natur dar, das eine einheitliche rechtliche Behandlung verlangt [3]). Der normative Teil (die Tarifsatzung genannt) ist als autonome Rechtsquelle, die objektives Recht für die Einzelarbeitsverträge erzeugt, anzusprechen [4]). Die Tarifnormen haben aber nicht nur als Normen für die einzelnen Arbeitsverträge Bedeutung, sie sind auch gleichzeitig Teile eines die Tarifvertragsparteien untereinander obligatorisch verpflichtenden Vertrags [5]). Man spricht daher am besten von dem „auch normativen" und von dem „nur obligatorischen" Bestandteil des Tarifvertrags.

Das Wesen des Tarifvertrags besteht darin, daß allgemeine Bedingungen für künftig etwa abzuschließende Arbeitsverträge vereinbart werden. Nicht wird mit dem Tarifvertrag ein Einzelarbeitsvertrag geschlossen, denn es handelt sich nicht um die Ver-

[1]) Glücksmann a. a. O.

[2]) Dieser Tarifvertrag wurde zur Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen geschlossen zwischen folgenden Arbeitgeberorganisationen: 1. Verein Düsseldorfer Hotel-, Restaurant- und verwandter Betriebe; 2. Freie Wirte-Innung, Düsseldorf; 3. Verband der Saal- und Konzertlokalinhaber Deutschlands, Ortsgruppe Düsseldorf und folgenden Arbeitnehmerorganisationen: 1. Zentralverband der Hotel-, Restaurant- und Café-Angestellten, Zweigverein Düsseldorf: 2. Bund der Hotel-, Restaurant- und Café-Angestellten (U. G.), Ortsgruppe Düsseldorf; 3. Genfer Verband der Hotel- und Restaurant-Angestellten, Sektion Düsseldorf.

[3]) RGZ. Bd. 111 S. 177.

[4]) Hueck-Nipperdey § 12 III.

[5]) RAG. Bd. II S. 119 bei Flatow a. a. O.

einbarung eines Austausches von Dienstleistung und Vergütung im Sinne der §§ 611 ff. BGB., sondern nur um die Aufstellung allgemeiner Grundsätze.

Der Kern des Tarifvertrags ist sein „auch normativer" Teil. Man hat darunter die Summe der Regeln zu verstehen, die nach dem Willen der Tarifvertragsparteien den Inhalt von abhängigen Arbeitsverhältnissen bestimmen oder betreffen [1]). Im gegebenen Fall gehören zu diesen Abmachungen u. a. die Bestimmungen über die Entlohnung (§ 2), die Länge des Urlaubs (§ 6), der Arbeitszeit (§ 3) und die Regelung der Kündigungsfristen (§ 8).

Die Lohnregelung ist zwar kein notwendiger, jedoch praktisch der wichtigste Bestandteil der Tarifverträge. Während aber die übrigen Bestimmungen des Tarifvertrags im allgemeinen auf lange Zeit berechnet sind, werden die Lohnsätze mit Rücksicht auf die Schwankungen der wirtschaftlichen Verhältnisse regelmäßig mit kürzerer Laufzeit und mit besonderer Kündbarkeit festgelegt [2]). Darauf beruht die praktisch bedeutsame Unterscheidung von Mantel- und Lohntarif. Der Manteltarif enthält in der Regel über den Lohn nur die Bestimmungen allgemeiner, grundsätzlicher Art. So bestimmt der § 2 des erwähnten Tarifvertrags, daß die Entlohnung auf Grund des anschließenden Lohntarifs (Teil B.) erfolge, und daß die Löhne des Teils B. Mindestlöhne seien. Ferner heißt es „Bei Abschluß des Tarifs bereits gezahlte oder vereinbarte höhere Löhne dürfen nicht gekürzt werden. Die Lohnzahlungen erfolgen monatlich, und zwar spätestens am 3. Werktage des folgenden Monats". Die Angaben über die eigentliche Lohnhöhe findet man erst in der dem Manteltarif ergänzend angefügten Lohntabelle.

Ein dem Kellner etwa zustehender Ferienanspruch beruht, da eine gesetzliche Regelung des Urlaubsrechts in Deutschland fehlt, ausschließlich auf Tarifverträgen. Die Dauer des Urlaubs richtet sich im § 6 des genannten Vertrags nach dem Lebensalter und der Dauer der Betriebszugehörigkeit.

Die Regelung über die Länge der wöchentlichen Arbeitszeit ist insoweit bedeutsam, als die Tarifverträge von der Befugnis des § 5 der Arbeitszeit-VO. Gebrauch machen können, der die Ausdehnung bis zu 10 Stunden täglich gestattet. Nach § 3 des erwähnten Tarifvertrags beträgt die Arbeitszeit täglich 9 oder wöchentlich 54 Stunden.

---

[1]) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, § 9 I.

[2]) § 17 des genannten Tarifvertrags lautet: Dies Tarifabkommen tritt am 15. Mai 1927 in Kraft und gilt hinsichtlich des Abschnitts A. (Manteltarif) bis 30. April 1928. Erfolgt 14 Tage vor Ablauf kein Aenderungsvorschlag, so verlängert er sich zu gleichen Bedingungen jeweils um drei Monate.

Der Abschnitt B. (Lohntarif) kann mit zweimonatiger Frist zum jeweiligen Monatsschluß, und zwar erstmalig zum 31. Dezember 1927 gekündigt werden.

Auch die Kündigungsfristen in den Einzelarbeitsverträgen lassen sich tariflich festlegen, soweit die gesetzlichen Bestimmungen in der Bemessung der Kündigungsfristen Vertragsfreiheit zulassen. Der § 8 des Vertrags setzt die Kündigungsfrist für alle gewerblichen Arbeitnehmer auf 14 Tage fest und hält sich damit im Rahmen der gesetzlichen Vorschrift des § 122 der Gewerbeordnung.

Grundeigenschaften der zum „auch normativen" Teil gehörigen Bestimmungen sind die sogenannte Unabdingbarkeit und die Unmittelbarkeits- oder die zwingende Wirkung des Tarifvertrags; sie bedeutet den Einfluß, den der Tarifvertrag auf den Einzelarbeitsvertrag ausübt. Es handelt sich um eine zwingend ergänzende Norm, die als solche zwar nicht Inhalt der Parteiabmachungen für die Einzelarbeitsverträge wird, jedoch die Vertragsverhältnisse unmittelbar beherrscht und entgegenstehende Abreden verdrängt [1]). Die zwingende Einwirkung vollzieht sich aber nicht nur ohne jede Mitwirkung der Parteien des Einzelarbeitsvertrags; sie können sie nicht einmal hindern, selbst wenn sie es wollten. Hierin besteht nach dem Willen des Gesetzes der Vorrang des Kollektivrechts vor dem Individualrecht. Ein „Abdingen" vom Inhalt des Tarifvertrags im einzelnen Arbeitsvertrag ist ausgeschlossen. Diese Unabdingbarkeit gilt aber nur für die Mitglieder der tarifvertragsschließenden Vereinigungen. Der Grundsatz der Unabdingbarkeit wird durchbrochen, soweit im Tarifvertrag abweichende Bestimmungen zugelassen sind, oder soweit sie eine Aenderung der Arbeitsbedingungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten und im Tarifvertrag nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind (§ 1, Abs. 1 S. 2 der d. VO. über Tarifverträge).

Den „nur obligatorischen" Bestandteil eines Tarifvertrags bilden die Bestimmungen, die arbeitsrechtliche Pflichten der Tarifvertragsparteien gegeneinander begründen [2]): Der verpflichtende Teil des Tarifvertrags fällt unter die Bestimmungen des Rechts der Schuldverhältnisse und ist als ein privatrechtlicher gegenseitiger Vertrag zugunsten Dritter im Sinne der §§ 328 ff. BGB. zu charakterisieren [3]). Hinsichtlich der Rechte aus dem Vertrag besteht daher die Möglichkeit für die Parteien, auch das einzelne Verbandsmitglied zu einem leistungsberechtigten Dritten zu machen, keinesfalls aber können die im Tarifvertrag vereinbarten tariflichen Leistungen von jedem einzelnen Arbeitgeber oder -nehmer direkt gefordert werden.

Eine obligatorische Verpflichtung der an dem Tarifvertrag Beteiligten besteht hinsichtlich der sogenannten Friedenspflicht, d. h. der jedem Tarifvertrag implicite innewohnenden Verpflichtung der Verbände, einen organisierten Arbeitskampf über tariflich geordnete Fragen für die Geltungsdauer des Tarifvertrags zu unterlassen [4]).

---

[1]) Hueck-Nipperdey, a. a. O. § 10 I.
[2]) Hueck-Nipperdey, § 20, II 3.
[3]) RGZ. Bd. 111 S. 177.
[4]) Vgl. auch RGZ. Bd. 113 S. 198.

Lediglich verpflichtender Natur sind im genannten Tarifvertrag die Bestimmungen über Arbeitsvermittlung (§ 7) und das Tarifamt (§ 16).

Wenn also im § 7 Abs. 2 des Tarifvertrags bestimmt wird, daß als Kellner nur solche eingestellt werden dürfen, die sich über eine ordnungsmäßige Lehrzeit ausweisen können oder mindestens 5 Jahre hintereinander als Kellner tätig waren, so bedeutet diese Vorschrift nur eine die Vertragsparteien als solche bindende schuldrechtliche Verpflichtung im Sinne der §§ 241 bis 432 BGB.

Schiedsgerichtsvereinbarungen nach Art der Bestimmung des § 16 des Vertrags unterliegen keinen Beschränkungen, wenn sie in einem Tarifvertrag für die durch ihn geregelten Arbeitsverhältnisse enthalten sind. Die weitere Vorschrift des § 16, nach der der staatliche Schlichtungsausschuß in der sich aus der Auslegung des Tarifvertrags ergebenden Streitsache für den Fall entscheiden soll, daß eine Entscheidung des „Tarifamts" nicht zustande kommt, ist nach § 93 Abs. 2 ArbGG. zulässig.

β) Der den Geltungsbereich des erwähnten Tarifvertrags regelnde § 1[1]) gewinnt besondere Wichtigkeit im Falle einer Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags. Nach § 2 Tarif-VO. kann der Reichsarbeitsminister Tarifverträge, die für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen des Berufskreises in dem Tarifgebiet überwiegende Bedeutung erlangt haben, für allgemein verbindlich erklären. Im gegebenen Fall wären die Arbeitsbedingungen des genannten Tarifvertrags für alle Arbeitsverträge von Kellnern im Stadtbezirk Düsseldorf auch dann verbindlich im Sinne des § 1 der Tarif-VO., wenn der Wirt als Arbeitgeber oder der Kellner als Arbeitnehmer oder beide an dem Tarifvertrag nicht beteiligt sind.

Rechtlich stellt sich die Allgemeinverbindlicherklärung als ein Verwaltungsakt dar, der die Tarifbeteiligung innerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des Tarifvertrags auf die Außenseiter erstreckt, die nach der Art der Arbeit unter den Tarifvertrag fallen[2]). Die Allgemeinverbindlicherklärung ist als Verwaltungsakt im Gegensatz zum Tarifvertragsabschluß ein Akt des öffentlichen Rechts; ihre öffentlich rechtliche Wirkung erschöpft sich aber mit der Ausdehnung der Tarifbeteiligung auf die Außenseiter.

Auf die Behandlung weiterer arbeitsrechtlicher Bestimmungen muß im Rahmen dieser Arbeit verzichtet werden.

3. Zu den Dienstpflichtigen des Wirtes gehört auch der sogen. Volontärkellner. Volontäre sind Personen, die, ohne als

[1]) § 1 lautet: „1. Der Tarifvertrag erstreckt sich räumlich auf den Stadtbezirk Düsseldorf. 2. Er erfaßt sachlich alle Mitglieder der Vertragsparteien."

[2]) Hueck-Nipperdey, § 26 II.

Lehrlinge angenommen zu sein, zum Zweck ihrer Ausbildung unentgeltlich einem andern Dienste leisten[1]). Unter dieser Bezeichnung hat man hier meist Söhne von Gastwirten zu verstehen, die sich auf den Gastwirtsberuf vorbereiten, aber nur eine verkürzte Lehrzeit durchmachen wollen. Als Entgelt haben sie häufig an den Arbeitgeber eine Entschädigung zu zahlen. Nach Beendigung der Lehrzeit werden sie in der Regel als Hilfskellner mit eingereiht. Als solche pflegen sie zwar an der Verrechnung des Bedienungsgeldes beteiligt zu werden. Es ist aber nicht üblich, daß ein Volontär nach beendeter Ausbildung sogleich mit der selbständigen Stelle eines „Revierkellners" betraut wird und damit die Berechtigung zum Kassieren erhält. Die Volontäre pflegen zu ihrer gründlichen und vielseitigen Ausbildung die Beschäftigungsplätze häufig zu wechseln und gern größere Lokale vornehmen Stils zu wählen, in denen sich die Bedienung nach dem sogen. französischen System abwickelt. Zu diesem System gehört eine sogen. „Brigade", bestehend aus einem Oberkellner, 4 Haupt- und 4 Hilfskellnern. Diese Brigade arbeitet gemeinsam, obwohl je ein Hauptkellner mit seiner Hilfe ein besonderes Revier zu besorgen hat. Das Bedienungsgeld wird in einem tariflich festgelegten Verhältnis verteilt.

Rechtlich wird der Volontär nicht als Vertreter des Wirtes angesehen werden können. Er verrichtet überwiegend Botendienste, indem er die Erklärungen des Gastes in Empfang zu nehmen, an seinen ihm übergeordneten Mitarbeiter weiterzuleiten und bei ihrer Ausführung zu helfen hat; ihm liegt also die Leistung rein faktischer Dienste ob. Auch wird der Volontär nicht als ermächtigt gelten können, die Schuld des Gastes durch Einziehung des Geldes zum Erlöschen zu bringen. Immerhin liegen die Verhältnisse hier nicht einheitlich. Die Entscheidung wird sich nur von Fall zu Fall treffen lassen und danach richten müssen, welchen Grad der Stellung der Wirt seinem Volontär zuerkannt wissen will.

Die Einrichtung des „Zahlkellners" ist aus Oesterreich zu uns gekommen und wohl französischen Ursprunges; denn die Aehnlichkeit mit dem französischen „Brigadesystem" ist unverkennbar. In Deutschland ist diese Einrichtung seit etwa 1910 im Rückschritt begriffen; sie wird durch das System des völlig selbständig arbeitenden „Revierkellners" verdrängt. Man trifft den Zahlkellner heutzutage nur noch in größeren Lokalen, insbesondere in den Cafés. Seine Tätigkeit beschränkt sich in der Hauptsache auf die Einziehung der Gelder; er wird aber den Gästen auch Plätze anweisen, Bestellungen annehmen und gelegentlich mit bedienen. Ihm stehen in der Regel zwei bis drei Zuträger, darunter auch sehr häufig Lehrlinge zur Verfügung. Das Bedienungsgeld wird nach einem vereinbarten Verhältnis verteilt. Rechtlich nehmen die Zahlkellner gegenüber anderen selbständig arbeitenden Kellnern keine Sonderstellung ein.

---

[1]) Hueck-Nipperdey, Bd. 1, 1. Lieferung § 13 S. 65.

§ 10.

Schadensersatzpflicht des Kellners.

Es kommt hier darauf an, klarzustellen, in welchen Fällen der Kellner für Schäden verantwortlich gemacht werden kann, die den Gästen im Lokal durch Hilfspersonen des Wirtes zugefügt werden. Die Entscheidung dieser Frage ist in der Praxis recht häufig Gegenstand von verwickelten Rechtsstreiten gewesen, und die Gerichte haben hier nicht immer einheitlich entschieden.

Verletzt der Kellner vorsätzlich oder fahrlässig das Eigentum oder ein sonstiges im § 823 BGB. aufgezähltes Rechtsgut des Gastes, so kann er stets nach Maßgabe der §§ 823 ff. BGB. in Anspruch genommen werden. Es wird aber keinem Zweifel unterstehen, daß seine Haftung gegenüber dem Gast hinter die des Wirtes zurücktritt, wenn der Kellner den Schaden in Erfüllung der dem Wirt seinem Gast gegenüber obliegenden Verbindlichkeit angerichtet hat. In diesem Falle kommt in erster Linie die Vorschrift des § 278 BGB. zur Anwendung, wonach der Wirt ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, im gleichen Umfang zu vertreten hat wie eigenes Verschulden. Allein es herrscht Streit darüber, wann der Kellner als Erfüllungsgehilfe anzusehen ist. Die einen sagen: jeder Kellner befinde sich jedem Gast gegenüber in Erfüllung des vom Gast mit dem Wirt geschlossenen Vertrages [1]) und bürden dem Wirt die Haftung für angerichteten Schaden des Kellners auch dann auf, wenn dieser von einem Kellner verursacht worden ist, der den Gast nicht bedient hat. Eine andere Meinung [2]) geht dahin, der Kellner sei nur dann zu den Erfüllungsgehilfen im Sinne des § 278 BGB. zu zählen, wenn er für den einzelnen Gast tätig werde. Hiernach hätte der Wirt nur für den Schaden zu haften, den der Kellner dem Gast zufüge, den er bediene.

Zur Klärung dieser Frage erscheint es angebracht, davon auszugehen, worauf sich die Vertragspflichten des Wirtes seinen Gästen gegenüber erstrecken. Diese Pflichten erschöpfen sich m. E. nicht nur in der Verabreichung von Speisen und Getränken, sondern umfassen auch die Ueberlassung des verkehrssicheren Gebrauchs der Wirtschaftsräume und Einrichtungen. Ob für diese Annahme nun

---

[1]) OLG. Hamburg im Recht 1924 Nr. 3; LG. Köln im Recht 1912 Nr. 135; Weiler, Jur. Rdschau. 1927 Nr. 8.

[2]) Fränkel im Recht 1912 Nr. 10; KG. in OLG. Bd. 10 S. 159; Josef in Gruch. Beitr. Bd. 52 S. 537.

der Abschluß eines mietähnlichen Verhältnisses vorauszusetzen ist[1]), mag dahingestellt bleiben. M. E. läßt sich der in Frage stehende Wirtshausvertrag nicht in einzelne Teile zerlegen; er kann nur als Ganzes betrachtet und als einer der typisch gemischten Verträge angesehen werden, die unser Wirtschaftsleben heutzutage in zahlreicher Form mit sich bringt. Es steht jedenfalls fest, daß der Wirt dem Gast aus dem Vertrage nicht nur Lieferung von Speisen und Getränken schuldet, sondern auch den Gebrauch sämtlicher Gasträume und Einrichtungen, er hat also dem Gast für deren verkehrssichere Benutzung einzustehen. Diese Berechtigung des Gastes, in den Räumen nach Belieben zu schalten und zu walten, d. h. sich im Zimmer, Garten, auf dem Balkon, der Veranda oder auf der Kegelbahn aufzuhalten und sämtliche Einrichtungen der Gastwirtschaft im weitesten Umfang zu benutzen, wird oft gerade einen wesentlichen Teil des Wirtshausvertrages darstellen. Bedient sich nun der Wirt zur Erfüllung dieser Vertragspflichten einer Hilfsperson, so kann er sich nach § 278 BGB. der Haftung für einen Schaden, den die Hilfsperson in Erfüllung dieser Verbindlichkeit einem Gast zufügt, nicht entziehen. Aus dem Schuldverhältnis mit dem Gast hat somit der Wirt ein etwaiges Verschulden des Kellners in gleichem Umfang wie eigenes Verschulden nicht nur dann zu vertreten, wenn der Kellner den Gast, den er gerade bedient, beschädigt, sondern auch dann, wenn der Kellner sich bei der ihm übertragenen verkehrssicheren Herrichtung der Wirtschaftsräume etwas zu schulden kommen läßt. Es ist dabei an Fälle gedacht, in denen der Kellner z. B. die ihm übertragene Beleuchtung der Räume, die Beseitigung oder den Schutz gefährlicher Anlagen nachlässig ausführt oder überhaupt unterläßt, so daß dem Gast aus diesem Anlaß ein Schaden zugefügt wird.

Handelt es sich dagegen um andere schädigende Handlungen, vor allem um solche, die bei *Gelegenheit* der Bedienung einem *anderen* Gaste fahrlässiger oder vorsätzlicher Weise zugefügt werden, so greift ausschließlich die außervertragliche Haftung der §§ 823 ff. BGB. Platz, d. h. der Kellner ist zum Ersatz des durch ihn angerichteten Schadens allein verpflichtet und kann die Haftung nicht auf seinen Wirt abwälzen, es sei denn, daß es dem Wirt nicht gelingt, sich nach § 831 BGB. zu entlasten. Der Gastwirt haftet nach § 831 BGB. auch außervertraglich für schädigende Handlungen, die seine Kellner in *Ausführung* ihrer Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügen. Dies gilt jedoch nur dann, wenn ihn selbst in der Anstellung oder Beaufsichtigung des Kellners ein Verschulden trifft. Die Durchführung des Entlastungsbeweises, daß er bei der Auswahl und Beaufsichtigung des Kellners die erforderliche Sorgfalt geübt habe, dürfte dem Wirt in den meisten Fällen gelingen.

---

[1]) So Josef in Versicherung und Geldwirtschaft 1925 Nr. 6.

Aus diesen Erörterungen ergibt sich, daß der Wirt nicht schlechthin für jeden Schaden aufzukommen hat, den der Gast innerhalb der Wirtschaftsräumlichkeiten durch das Bedienungspersonal erleidet. Insbesondere erscheint mir die Annahme von Weiler [1]) nicht haltbar. Dieser sieht den Kellner im allgemeinen als Erfüllungsgehilfen des Wirtes im Sinne des § 278 BGB. an und will den Gast nicht deswegen schlechter stellen, weil der Schaden zufällig von einem anderen Kellner verursacht worden ist, als von dem, der ihn bedient hat. Dem ist folgendes entgegenzuhalten: War der Kellner zur Bedienung von anderen Gästen bestimmt und hat er in Ausführung dieser Verpflichtung einen Gast beschädigt, dessen Bedienung ihm nicht oblag, so steht diese Beschädigung nicht im Zusammenhang mit der Erfüllung der Vertragspflicht. § 278 BGB. ist also unanwendbar. Es mag zutreffen, daß sich jeder Kellner eines Restaurants auf Erfordern des Gastes zur Verfügung zu stellen hat. Allein solange er nicht, sei es aus eigener Entschließung, sei es auf Wunsch des Gastes oder auf Anordnung des Wirtes wirklich im Interesse der Bedienung gerade des einzelnen Gastes tätig wird, zählt er nicht zu den Hilfspersonen, deren sich der Wirt zur Erfüllung seiner Vertragsverbindlichkeit gegenüber diesem Gast tatsächlich bedient [2]).

Damit wird die Meinung derer, die behaupten, jeder Kellner befinde sich jedem Gast gegenüber in Erfüllung des vom Gast mit dem Wirt geschlossenen Vertrages, verworfen. Wie sehr eine solche Rechtsauffassung den Belangen des Gastes auch dienen mag, so erscheint sie doch dem Gastwirt gegenüber als eine unbillige Regelung, die weder durch den Verkehr geboten noch im Gesetz begründet ist.

Ganz unannehmbar dürfte der Standpunkt sein, den das Landgericht Köln in einem Urteil einnimmt [3]). Es heißt in der Begründung: Der Wirt schließe mit jedem eine Wirtschaft betretenden Gast einen stillschweigenden Vertrag, der u. a. darauf hinauslaufe, daß der Gast ohne jede Beschädigung die Gastwirtsräume verlassen müsse. Wollte man hier dem LG. Köln folgen, würde die Haftung des Gastwirtes ins Unermeßliche wachsen; denn eine Haftung ergäbe sich für den Wirt auch dann, wenn der Gast, nur um einen Dritten zu suchen, das Lokal betritt und seine Kleider durch Unachtsamkeit eines Kellners beschädigt werden.

Zur abschließenden Beurteilung der Schadenersatzfrage soll hier noch ein reichsgerichtliches Urteil [4]) Erwähnung finden, dem folgender Tatbestand zugrunde lag: Der beklagte Gastwirt hatte eine dem Schützenverein gehörige Luftbüchse verwahrt. Eines Tages benutzte in Abwesenheit des Wirtes dessen Kellner S. die Büchse zum Schei-

[1]) Weiler a. a. O.
[2]) OLG. Bd. 10 S. 159.
[3]) Abgedr. im Recht 1912 S. 135.
[4]) JW. 1911 S. 360.

benschießen und legte sie bei Eintritt von Gästen geladen auf den Tisch. Der Kläger betrat die Wirtschaft, und einer seiner Begleiter drückte die Büchse im Scherz auf ihn ab. Durch den Schuß verlor er die Sehkraft auf einem Auge.

Das Reichsgericht erklärte den Gastwirt für schadenersatzpflichtig, weil zwischen ihm und dem Gast ein Vertrag über die Benutzung der Räume bestehe und er aus diesem Vertrag dem Gast gegenüber für die Sicherheit des Verkehrs in den Räumen hafte. Der Wirt sei danach verpflichtet, dafür zu sorgen, daß in den Gasträumen kein die Gäste gefährdender Unfug verübt werde. Diese Verpflichtung sei in Ermangelung seiner Anwesenheit auf seinen Vertreter, den Kellner S., übergegangen, der sie gröblich verletzte, indem er die geladene Waffe auf den Tisch gelegt und hiermit deren Mißbrauch hervorgerufen habe. Die Pflichtverletzung sei deshalb eine unmittelbare Zuwiderhandlung gegen die vertraglich übernommenen Pflichten des Gastwirts, und diese schuldhafte Handlung sei keineswegs bei Gelegenheit, sondern unmittelbar in der Erfüllung der allgemeinen Vertragspflicht des Wirtes verübt, dieser also nach § 278 BGB. verantwortlich.

Aus dieser Entscheidung wird man nicht schließen können, daß das Reichsgericht auch die Ansicht vertritt, der Kellner sei in jedem Falle Erfüllungsgehilfe des Wirtes. Die Entscheidung gibt nur eine Bestätigung dafür, daß sich die für den Wirt aus dem Wirtshausvertrag ergebende Sorgfaltspflicht auch auf die verkehrssichere Unterhaltung der Räume und Einrichtungen zu erstrecken hat. Das Urteil des Reichsgerichts ist nicht nur aus dem Gesichtspunkt der Billigkeit heraus als zu Recht bestehend anzuerkennen. Es verpflichtet den zahlungskräftigeren Wirt, nicht den Kellner, zum Schadenersatz, weil dieser in Abwesenheit seines Geschäftsherrn als beauftragt gilt, für die Abwendung schädigender Handlungen oder Unterlassungen schlechthin Sorge zu tragen. Der Kellner handelt also zweifellos in Erfüllung der vertraglichen Verbindlichkeiten, die der Wirt dem Gast gegenüber zu erfüllen hat [1]).

---

[1]) Im Grundgedanken, nicht in der Entscheidung übereinstimmend mit Josef, Versicherung und Geldwirtschaft, 1925 Nr. 6.

Lebenslauf.

Ich, Rudolf, Karl-August Bahn, wurde am 22. Juli 1905 in Stettin als Sohn des derzeitigen Ministerialamtmanns Johannes Bahn und seiner Ehefrau Herta, geb. Strebe, geboren. Ich wurde im evangelischen Glauben getauft. Nach mehrmaligem, durch die häufigen Versetzungen meines Vaters bedingten Schulwechsel erhielt ich im März 1924 auf dem Reformrealgymnasium zu Berlin-Tempelhof das Zeugnis der Reife, nachdem ich von der mündlichen Prüfung befreit worden war. Ich studierte sechs Semester Jura an den Universitäten Berlin, Bonn und Köln. Im Januar 1928 bestand ich am Oberlandesgericht in Köln die erste juristische Prüfung und wurde am 1. Februar 1928 in Berlin zum Referendar ernannt. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 9. Juli 1930 an der Universität in Bonn ab.